

verbraucherzentrale Bundesverband

Verbraucherschutz bei digitalen Medien

Untersuchung auf dem deutschen Markt eingesetzter Lizenz- und Nutzungsbedingungen sowie technischen Schutzmaßnahmen aus verbraucherrechtlicher Sicht

Juli 2006

Till Kreutzer, Rechtsanwalt,

Büro für informationsrechtliche Expertise (i.e.), Hamburg

erstellt im Auftrag des

Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V.

Impressum:

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Markgrafenstraße 66

10969 Berlin

Tel. (030) 258 00-0

Fax (030) 258 00-218

info@vzbv.de

www.vzbv.de

- i.e. -

Thorsten Held & Till Kreutzer Rechtsanwälte

In Kooperation mit Dr. Wolfgang Schulz, Hans Bredow-Institut

Büro für informationsrechtliche Expertise

Böhmerweg 24

20148 Hamburg

Tel. (040) 22 94 85 60

Fax (040) 22 94 85 63

info@ie-online.de

www.ie-online.de

Einleitung

Der nachfolgende Bericht stellt den Abschluss einer Untersuchung dar, die das Büro für informationsrechtliche Expertise im Auftrag des vzbv erstellt hat. Im Rahmen der Voruntersuchung wurde der deutsche Markt von Produkten und Dienstleistungen mit geschützten Inhalten unterschiedlicher Art daraufhin untersucht, ob und inwieweit die Anbieter oder Hersteller durch Einsatz technischer oder vertraglicher Mittel Verbraucherinteressen beeinträchtigen.

Nachfolgend werden die Untersuchungsergebnisse dargestellt. Entsprechend der Leistungsbeschreibung für das Projekt und der Vorgehensweise bei der Untersuchung werden die Ergebnisse nach Branchen/Angeboten sortiert aufgeführt.

Weitere Hinweise:

- Die jeweils prüfungsrelevanten Klauseln wurden im Text zitiert. Hervorhebungen problematischer Formulierungen wurden von uns vorgenommen, um die Übersichtlichkeit zu erhöhen.
- Die Prüfung ist vorrangig am Recht über allgemeine Geschäftsbedingungen (v. a. §§ 307-309 BGB) ausgerichtet. Daneben kommen bei der Verwendung rechtswidriger allgemeiner Geschäftsbedingungen im Regelfall auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche gem. §§ 8 Abs. 1, 4 Nr. 11, 3 UWG in Betracht[1]. Wir haben darauf verzichtet, dies im Einzelnen zu prüfen, soweit sich Unterlassungsansprüche aus dem UKlaG i. V. m. dem bürgerlichen Recht ergeben. Nur wenn Handlungen der Marktteilnehmer allein hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen problematisch erschienen, wurde hierauf näher eingegangen.

[1] Vgl. Baumbach/Hefermehl-Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Auflage 2004, § 4, Rn. 11.17.

1 Zusammenfassung

1.1 Inhalt und Ziele der Studie

Die Studie „Verbraucherschutz bei digitalen Medien” untersucht, ob und inwiefern die Interessen der Verbraucher durch die Anbieter von digitalen, urheberrechtlich geschützten Inhalten beeinträchtigt werden. Zu diesem Zweck wurde eine Vielzahl von Nutzungs- und Lizenzbedingungen sowie technischen Schutzmaßnahmen für verschiedene Arten von digitalen Content-Vertriebsdiensten und urheberrechtlich geschützte Produkten untersucht. Der Gegenstand der Studie erstreckt sich unter anderem auf Musik-Downloaddienste, elektronische Verlagsangebote, Online-Archive, Ton- und Bildträger, Software und eBooks.

Die beispielhaft ermittelten Vertragsklauseln wurden auf ihre Vereinbarkeit mit verbraucherschützenden Regelungen und urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen überprüft. Hierfür war zunächst notwendig zu untersuchen, inwieweit das deutsche Recht vor einer Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen in diesem Zusammenhang Schutz gewährt. Anlass für die Untersuchung war die sich aufdrängende Erkenntnis, dass sowohl die rechtliche als auch die tatsächliche Situation der Nutzer beim Umgang mit digitalen Inhalten unbefriedigend ist. Es ist die Aufgabe der Bundesregierung, dem im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten entgegenzuwirken.

1.2 Situation des Verbrauchers beim Umgang mit digitalen Inhalten

Die Verbraucher werden in der digitalen Welt zunehmend mit gesetzlichen Pflichten und Vertragsbestimmungen konfrontiert. Die zunehmende Komplexität zeigt sich besonders deutlich beim Umgang mit urheberrechtlich geschützten Inhalten. Hierzu zählen die meisten Informations- und Kulturgüter, die in der heutigen Informationsgesellschaft konsumiert, also gelesen, gehört oder gesehen werden. Nach dem Urheberrecht sind bei der Verwendung geschützten Materials in der Regel komplizierte gesetzliche Bestimmungen zu beachten. Gleich ob Musik von einem Downloaddienst heruntergeladen und auf einen MP3-Spieler kopiert, Software erworben, genutzt und wieder verkauft wird oder Kopien von Computerspielen zu privaten Zwecken hergestellt werden; die Nutzer müssen auf gesetzliche Bestimmungen achten.

Nutzungs- und Lizenzbedingungen

Diese Komplexität wird durch das Verhalten der Anbieter auf dem Markt digitaler Inhalte weiter erhöht. Bei Produkt- und Diensteanbietern ist ein eindeutiger Trend zu erkennen, die Nutzung digitaler Inhalte durch Verträge, vor allem allgemeine Geschäftsbedingungen in Form von Nutzungs- und Lizenzbestimmungen, zu regeln. Diese scheinen in der Regel nicht in erster Linie dazu zu dienen, dem Nutzer Rechte zu übertragen, die er für die Verwendung des geschützten Materials benötigt oder die vertraglichen Vereinbarungen zum Anbieter klar zu regeln. Vielmehr hat die Untersuchung gezeigt, dass die auf dem Markt eingesetzten Nutzungs- oder Lizenzbestimmungen vorrangig dazu bestimmt sind, gesetzlich vorgesehene oder bis dato übliche Nutzungsbefugnisse zu beschneiden.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich eine im Vergleich zum „analogen Zeitalter“ deutliche Veränderung des Marktverhaltens der Anbieter von Kultur- und Entertainment-Gütern. Während die Nutzung herkömmlicher Inhalte in der Regel allein durch das Gesetz reglementiert wurde, geschieht dies zunehmend durch die von Anbietern oder Rechtsinhabern vorgegebenen Nutzungs- und Lizenzbestimmungen. Die Erwerber von digitalen Produkten werden häufig gezwungen, vom Anbieter vorgegebene Nutzungsbestimmungen bei der ersten Verwendung oder bereits beim Erwerb zu akzeptieren. Diese Praxis ist mit einschneidenden Konsequenzen verbunden, wie ein Beispiel zeigt:

Für die Verbraucher sind die Befugnisse, die ihnen im Umgang eines erworbenen Buches zustehen, weit gehend eindeutig. Sie können es so oft lesen wie sie wollen, es wieder verkaufen, es an Freunde verleihen, es ins Regal stellen und Auszüge hieraus fotokopieren usw. Ihre insoweit gesetzlich gewährten Befugnisse werden nicht etwa durch weitere Nutzungsbedingungen im Buchdeckel abgeändert oder eingeschränkt.

Dagegen werden die Erwerber des gleichen Buches in digitaler Form mit einer Vielzahl vertraglicher Vereinbarungen konfrontiert. Wer ein eBook in einem Online-Store per Download erwirbt, muss häufig schon beim „Betreten“ des virtuellen Geschäfts umfangreiche allgemeine Geschäftsbedingungen beachten („Die Nutzung dieses Online-Shops unterliegt unseren AGB“). Für die eigentliche Nutzung des digitalen Buches wird zudem ein eBook-Reader benötigt, dessen Verwendung einem weiteren Vertrag (den hierfür geltenden Lizenzbestimmungen des Software-Anbieters) unterliegt. Für die Nutzung des eBooks selbst gelten wiederum eigene Nutzungsbedingungen, deren Geltung der Erwerber beachten muss, will er dies bestimmungsgemäß benutzen (also lesen) oder anderweitig verwenden. Hierin finden sich in vielen Fällen Klauseln, nach denen das elektronische Buch (also die Datei, in der das Werk gespeichert ist) nur eingeschränkt verwendet werden darf. Obwohl für eBooks - vor allem gemessen an dem Umstand, dass der Nutzer kein körperliches Werkstück erhält und entsprechend geringe Kosten für Produktion und Versand anfallen - verhältnismäßig hohe Kaufpreise verlangt werden, wird er gegenüber dem Erwerber eines herkömmlichen Buches in seinen Verwendungsmöglichkeiten erheblich benachteiligt. So wird häufig verboten, das eBook weiterzuverkaufen, es beliebig auf alle zur Verfügung stehenden Endgeräte zu kopieren (was nötig wäre, um es an jedem gewünschten Ort lesen zu können) oder es zu verleihen.

Die meisten Nutzer werden durch solche Vertragswerke nicht nur in ihren Befugnissen beschränkt, sondern auch überfordert. Viele Nutzungs- und Lizenzbestimmungen sind äußerst kompliziert formuliert und haben eine beträchtliche Länge. Kaum einem Verbraucher werden sich Inhalt und Folgen der von ihm akzeptierten Verträge ohne weiteres erschließen. Angesichts der Vielzahl an Nutzungsbedingungen, mit denen – vor allem online aktive - Durchschnittsverbraucher jeden Tag konfrontiert werden, ist es schon faktisch unmöglich, dass sich jeder mit jedem Klauselwerk intensiv auseinandersetzt.

Es ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass die weitaus meisten Verbraucher Nutzungs- und Lizenzbestimmungen gar nicht oder nur flüchtig lesen und sich daher ihrer Rechte und Pflichten nicht bewusst sind. Der Informationsgrad der Verbraucher über ihre Position als Erwerber und Eigentümer sinkt damit dramatisch. Informierte Erwerbsentscheidungen zu treffen wird für die Nutzer vor diesem Hintergrund immer schwieriger.

Eine derartige „vertragliche Überregulierung“ muss letztlich dazu führen, dass sich die Verbraucher der zunehmenden Verkomplizierung des Alltags entziehen. Die Folge ist, dass sie nicht selten unbewusst zum Rechtsbrecher oder Vertragsverletzer werden. Der Umstand, dass - wie die Untersuchung gezeigt hat - Nutzungs- und Lizenzbestimmungen längst nicht alles erlauben, was die durchschnittlichen Verbraucher angesichts ihrer üblichen Nutzungsgewohnheiten als selbstverständlich voraussetzen, verschärft diese Situation.

Technische Schutzmaßnahmen

Hinzu kommt weiter, dass faktisch bestehende Nutzungsmöglichkeiten - vor allem bei bestimmten Gütern wie Musik oder Filmen - zunehmend durch den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen unterbunden werden. Auch solche technischen Mittel dienen - oft zusätzlich zu den durch Verträge auferlegten rechtlichen Restriktionen - in der Regel dazu, die Nutzung durch den Endverbraucher nach den Vorstellungen des Anbieters zu steuern und einzuschränken oder gar zu überwachen.

Der Einsatz technischer Schutzmaßnahmen kann die Interessen der Verbraucher in vielerlei Hinsicht beeinträchtigen. Nicht nur dass hierdurch häufig rechtlich zulässige und als selbstverständlich vorausgesetzte Nutzungshandlungen, wie die Erstellung von Privat- oder Sicherungskopien, unterbunden werden. In einigen Fällen werden durch die Funktionen technischer Schutzsysteme auch sensible Sicherheitsinteressen der Nutzer massiv beeinträchtigt. Beispielsweise wurde bekannt, dass das Musikunternehmen Sony-BMG im Ausland Audio-CDs verkauft hat, deren Kopierschutzprogramme schädliche Funktionen auf den Anwender-PCs installiert haben. Die Medien berichteten, dass bei einem Abspielen der Tonträger auf dem Computer - vom Nutzer unbemerkt - Software installiert wurde, die Sicherheitslücken eröffnete und Datenspionage ermöglichte.

In einem weiteren Fall soll das Film-Unternehmen „Kinowelt“ DVDs mit einem Kopierschutzsystem ausgeliefert haben, das ebenfalls massive „Nebenwirkungen“ für die Nutzer haben kann. Medienberichten zufolge konnten diese DVDs auf PCs nur abgespielt werden, wenn zunächst eine Software auf dem Rechner des Nutzers installiert wurde. Vor der Installation mussten die Nutzer die Regeln eines EULA (also einer Endnutzerlizenz) akzeptieren. In den Lizenzbestimmungen wurde vom Hersteller der Bildträger unter anderem darauf hingewiesen, dass das Betriebssystem durch die Installation modifiziert werde. Nutzer, die diese Installation vorgenommen hatten, beschwerten sich anschließend darüber, dass CD- und DVD-Brenner gar nicht mehr oder nur noch fehlerhaft funktionierten. Technische Analysen verschiedener IT-Sicherheitsexperten haben das Auftreten solcher Hardware-Fehler bestätigt.

Vor allem der letztgenannte Fall zeigt das Dilemma für die Verbraucher deutlich auf. Wollen sie die erworbenen Produkte bestimmungsgemäß verwenden, müssen sie sich - ob dies den eigenen Interessen entspricht oder nicht - den Regeln des Anbieters unterwerfen. Die Folge ist, dass die Nutzer der Installation schadhafter Programmfunktionen selbst zustimmen, um ihr Produkt überhaupt einsetzen zu können.

Die Rechtslage

Ein effektiver rechtlicher Schutz gegen technische Schutzmaßnahmen, die beim Verwender Schäden hervorrufen, besteht nicht. Im Gegenteil: Das - durch die Urheberrechtsreform 2003 eingeführte – Verbot der Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen (§ 95a Urheberrechtsgesetz) nimmt auf Verbraucherbelange wenig Rücksicht. Es kann soweit führen, dass die Nutzer ein schädliches Kopierschutzsystem nicht einmal entfernen oder ändern dürfen. Denn die eigenhändige Entfernung einer technischen Schutzmaßnahme wird vom Urheberrechtsgesetz verboten, soweit diese zu einer „Umgehung einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme“ führt. Eine Ausnahme für die „Selbsthilfe“ gegen schädliche Funktionen solcher Schutzsysteme ist nicht vorgesehen.

Auch in anderen Belangen wurde die rechtliche Situation der Verbraucher durch die Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft in Deutschland bislang eher geschwächt. So hat sich der

deutsche Gesetzgeber im so genannten „1. Korb“ der Urheberrechtsreform (verabschiedet 2003) dafür entschieden, die für Verbraucher besonders wichtige Privatkopie gegenüber dem Schutz technischer Maßnahmen als nachrangig zu qualifizieren. Statt „echten“ Verbraucherschutz in Form von Nutzungsrechten zu gewähren, hat man sich darauf beschränkt, den Rechtsinhabern bei Einsatz von DRM-Systemen und sonstigen technischen Schutzmaßnahmen eine entsprechende Kennzeichnung vorzuschreiben (siehe § 95d des deutschen Urheberrechtsgesetzes). Auch in den derzeit laufenden Beratungen über ein „Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (so genannter „2. Korb“) zeichnen sich diesbezüglich keine Änderungen ab.

Dabei sind Transparenzgebote und Hinweispflichten letztlich kaum geeignet, die Situation des Verbrauchers zu verbessern. Sie ändern naturgemäß nichts daran, dass die Kumulation restriktiver allgemeiner Geschäftsbedingungen, technischer Schutzmaßnahmen und rechtlichem Umgehungsschutz zu einer Rechtslage führt, nach der die Rechtsinhaber die Nutzungsmöglichkeiten und -befugnisse der Verbraucher nahezu nach Belieben steuern können. Grenzen sind allenfalls noch durch die AGB-rechtlichen Bestimmungen gesetzt, die jedoch nur Schutz entfalten können, wenn das Urheberrecht selbst klare Wertungen zugunsten der Verbraucherbefugnisse vorsieht. Dies ist regelmäßig nicht der Fall. Vielmehr liegt der Fokus des heutigen Urheberrechts in erster Linie auf dem Schutz der Interessen der Rechtsinhaber. Einschränkungen der ihnen gewährten absoluten Rechte werden dagegen generell als zweitrangig bewertet.

Hinzu kommt für den Nutzer das Problem der Rechtsdurchsetzung. Ob einzelne Klauseln in Nutzungs- und Lizenzbedingungen nach den Verbraucherschutzbestimmungen unwirksam sind, ist für den Nutzer aufgrund der komplexen Rechtslage in der Regel nicht erkennbar. In solchen Fällen fehlt ihm die Grundlage für eine Entscheidung, ob er sich an die jeweilige Vertragsklausel halten muss oder ob ihm bei Verstößen rechtliche Schritte drohen. Der durch Verbraucherverbände veranlassten gerichtlichen Klauselkontrolle kommt damit erhebliche Bedeutung zu.

1.3 Ergebnisse der Studie

Die Studie hat verschiedene Erkenntnisse in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ergeben.

Technische Schutzmaßnahmen

In Bezug auf den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen hat sich herausgestellt, dass diese vor allem bei Musik, Film, Computerprogrammen- und spielen und auch elektronischen Verlagsprodukten eingesetzt werden. Die untersuchten Systeme weisen sehr unterschiedliche Funktionsweisen auf. Auch die hiermit herbeigeführten Nutzungsmöglichkeiten und -einschränkungen variieren sehr stark. Während zum Beispiel bei DVDs sehr restriktive Mechanismen eingesetzt werden, die in der Regel keinerlei urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen zulassen (vor allem keine Kopien), sind die DRM-Systeme bei Musik-Downloaddiensten weniger rigide. Die hier erworbenen Dateien können meist zumindest begrenzt oft kopiert und auf verschiedene Endgeräte überspielt werden. Im Übrigen hat sich gezeigt, dass die Kennzeichnungspflichten der Hersteller, auf den Einsatz technische Schutzmaßnahmen hinzuweisen, häufig nicht oder nicht ausreichend eingehalten werden. Selbst wenn derartige Hinweise auf Verpackungen oder im Internet gegeben werden, sind diese oft so versteckt und unauffällig angebracht, dass von „deutlich sichtbaren Angaben“ im Sinne des § 95d UrhG keine Rede sein kann.

Die Rechtslage

Die urheber- und vertragsrechtlichen Grenzen in Bezug auf die Einschränkung der Befugnisse der Erwerber von urheberrechtlich geschütztem Material zu ermitteln, gestaltet sich schwierig. Denn das deutsche Urheberrecht selbst gewährt den Nutzern nur in seltenen Ausnahmen subjektive, einklagbare Rechte. Ihre Interessen sollen vielmehr durch die Schrankenbestimmungen geschützt werden, die lediglich als Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz betrachtet werden, dass dem Urheber das ausschließliche Recht zusteht, über jegliche Nutzung seines Werkes zu entscheiden. Auch verbraucherschützende, vertragsrechtliche Regelungen (durch die etwa bestimmte Vertragsgestaltungen gesetzlich für unwirksam erklärt werden), finden sich im Urheberrechtsgesetz kaum. Eine seltene Ausnahme gilt z. B. für die Sicherungskopie-Regelung bei Computerprogrammen. Eine Klausel, die die Anfertigung von Sicherungskopien eines Software-Produkts untersagt, ist nach § 69g Absatz 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG) nichtig.

Existieren solche Regelungen - wie in den meisten Fällen - nicht, muss anhand der allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geprüft werden, ob gesetzlich gewährte Nutzungsbefugnisse vertraglich ausgeschlossen werden können. Die rechtliche Untersuchung im Rahmen der Studie basiert daher zumeist auf § 307 BGB, nach dem Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, wenn sie den Nutzer unangemessen benachteiligen. Ob ein Ausschluss von Schrankenbestimmungen in Nutzungs- und Lizenzbestimmungen im Einzelfall z. B. mit „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen" unvereinbar ist, lässt sich jedoch mangels klarer gesetzgeberischer Wertungsentscheidungen häufig nicht eindeutig klären.

Nutzungs- und Lizenzbedingungen

Die rechtliche Prüfung der im Rahmen der Studie ausgewählten Nutzungs- und Lizenzbestimmungen hat ergeben, dass in der Praxis sehr oft Klauseln verwendet werden, die die Verbraucher unangemessen benachteiligen. In manchen Fällen war dies evident, weil die Klauseln etwa gegen gesetzliche Verbote verstoßen (z. B. Untersagungen von Sicherungskopien bei Computerprogrammen). Zumeist erforderte die Prüfung jedoch eine aufwändige Untersuchung der Rechtslage. Hierbei kam erschwerend hinzu, dass die Mehrzahl der geprüften Rechtsfragen bislang nicht durch die Rechtsprechung geklärt wurde und sich auch die Rechtsliteratur mit vielen Aspekten noch nicht befasst hat.

Eine bis heute offene Frage ist beispielsweise, ob digital erworbene, unkörperliche Werkexemplare weiterveräußert werden dürfen. Die Studie hat gezeigt, dass viele Anbieter untersagen, von einem Online-Shop heruntergeladene Musik, Computerspiele oder eBooks weiterzuverkaufen. Ob dies zulässig ist, bzw. ob es ein gesetzlich gewährtes Recht gibt, ordnungsgemäß erworbene Werkexemplare weiterzuveräußern, ist bislang nur für körperliche Werkträger geklärt. So besagt der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz, dass beispielsweise ein auf CD-ROM gespeichertes Computerspiel nach dessen erstem In-Verkehr-Bringen frei weiterveräußert werden darf. Diese Befugnis kann nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden. Ob dies auch gilt, wenn das Computerspiel in unkörperlicher Form erworben, vor allem aus dem Internet gegen Entgelt heruntergeladen wurde, ist dagegen ungeklärt. In Anbetracht des Umstandes, dass sich der Markt mit solchen Produkten verstärkt auf den Vertrieb von Dateien (also unkörperlichen Werkexemplaren) verlagert, kommt der Klärung dieser

Frage vor allem aus Verbrauchersicht erhebliche Bedeutung zu. Denn wenn eine Weiterveräußerungsbefugnis nicht besteht oder sie durch Lizenzbestimmungen abbedungen werden kann, ist der Wert des erworbenen Eigentums für die Nutzer erheblich eingeschränkt. Einerseits bezahlen sie für ein per Download erworbenes Computerspiel einen erheblichen Preis, andererseits können sie aber den „Gebrauchtwert“ ihres Werkexemplars nicht realisieren. Es spricht daher viel dafür, dass Weiterveräußerungsverbote auch in Bezug auf unkörperliche Werkexemplare unwirksam sind oder zumindest sein sollten. Dennoch lässt das geltende Recht diese Frage offen, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt.

Rechtsunsicherheiten werden auf Verbraucher abgewälzt

Rechtsunsicherheiten über diese und andere elementare Fragen treffen nicht nur den Abnehmer, sondern auch den Anbieter. Letzterer ist jedoch aufgrund seiner „Vertragsausgestaltungshoheit“ in einer besseren Position als der Verbraucher. Er diktiert die vertraglichen Bedingungen. Will ein Nutzer diese nicht befolgen, muss er prüfen, ob die jeweilige Klausel unwirksam ist. Irrtümer können zu rechtlichen Konsequenzen führen, etwa in der Form, dass ein Verbraucher abgemahnt wird, weil er seine von einem Download-Dienst erworbenen Musikstücke bei eBay versteigert.

Für die Anbieter ergeben sich weitere rechtliche Unsicherheiten bezüglich der Zulässigkeit ihrer Nutzungsbedingungen vor allem dann, wenn sie ihre Inhalte international vertreiben. Die Rechtslage kann von Land zu Land variieren. So können nach US-amerikanischem Recht beispielsweise Haftungs- und Gewährleistungsansprüche mehr oder weniger vollständig ausgeschlossen werden. Nach deutschem Recht ist dies - zumal in allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verbraucherverkehr - jedoch nicht möglich. Die Untersuchung hat gezeigt, dass internationale Anbieter häufig versuchen, diese Rechtsunsicherheit auf die Nutzer zu verlagern. So fanden sich in einigen Nutzungsbedingungen so genannte „salvatorische Klauselzusätze“, die sinngemäß besagen: „In manchen Rechtsordnungen sind die folgenden Klauseln nicht zulässig. Wenn Sie sich in einem Land befinden, in dem die Klausel nicht zulässig ist, müssen Sie diese nicht befolgen und es gelten die innerstaatlichen gesetzlichen Regeln.“ Der Umstand, dass solche Klauseln nach deutschem Recht nahezu ausnahmslos unzulässig sind, hilft den Nutzern zunächst wenig. Da sie in der Regel nicht wissen, ob die jeweilige Klausel in ihrer Rechtsordnung zulässig und wirksam ist, bleiben ihnen nur zwei - wenig attraktive - Möglichkeiten: Entweder sie verlassen sich darauf, dass die Regelung unwirksam ist und setzen sich damit der Gefahr einer rechtlichen Verfolgung aus. Oder sie müssen in jedem Einzelfall die Rechtslage prüfen, bzw. in der Regel von einem Rechtsexperten aufwändig prüfen lassen.

AGB: kompliziert, klein gedruckt, zu lang, unwirksam

Eine weitere für die Verbraucher nachteilige Praxis hat sich auch in vielen Fällen hinsichtlich der sprachlichen Ausgestaltung von Nutzungs- und Lizenzbestimmungen gezeigt. Anbieter konfrontieren die Nutzer häufig mit überkomplizierten, zum Teil an die jeweiligen Dienste oder Produkte oder das deutsche Rechte wenig angepasste, vorformulierte Vertragsbestimmungen. Allgemeine Geschäftsbedingungen mit einer Länge von zehn DIN-A4-Seiten oder mehr sind keine Seltenheit. Oft weisen diese massiven Redundanzen, zum Teil auch widersprüchliche Regelungen auf, was der Verständlichkeit der dem Verbraucher auferlegten Regeln erheblich schadet. Mitunter wurde auch deutlich, dass Nutzungsbedingungen direkt aus einer Fremdsprache übersetzt wurden, ohne die

notwendigen Anpassungen an die deutsche Sprache vorzunehmen. Zumeist verstoßen solche allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen das Transparenzgebot aus § 307 Absatz 1 BGB und sind damit unwirksam.

Insofern rechtlich problematisch sind auch inhaltlich unangepasste Nutzungsbedingungen. Manche Unternehmen setzen für eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Dienste stets die gleichen allgemeinen Geschäftsbedingungen ein. Nicht nur, dass solche Vertragswerke in der Regel äußerst lang und schwer zu verstehen sind. Sie bergen zudem für die Kunden die Schwierigkeit, dass sie sich die für sie geltenden Klauseln selbst heraussuchen müssen. Die Nutzer können so kaum erkennen, welche der vielen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten Rechte und Pflichten für sie gelten und welche nicht.

Der Umstand, dass selbst Rechtsgutachten nicht immer eindeutige Erkenntnisse über die Rechtslage hervorbringen, verdeutlicht, dass die Nutzer durch die gegenwärtige Situation überfordert werden. Sofern die Anbieter nicht dazu übergehen, einfach zu verstehende, faire Nutzungsbedingungen im Verbraucherverkehr zu verwenden, wird es auch zukünftig so sein, dass Endnutzer täglich Verträge eingehen, ohne ihre Rechte und Pflichten zu kennen. Dies dürfte letztlich auch den Interessen der Hersteller und Rechtsinhaber zuwiderlaufen. Denn Pflichten, die nicht verstanden oder zur Kenntnis genommen werden, können nicht befolgt werden.

2 Untersuchung von Software-Lizenzbestimmungen

2.1 Einleitung

Software-Lizenzbestimmungen werden bei kommerzieller Software (abzugrenzen von Freeware, Open-Source-Software oder Public-Domain-Software) ersichtlich immer mit Lizenzbestimmungen ausgeliefert. Diese sollen zwischen Erwerber und Hersteller regeln, welche Befugnisse dem Nutzer bei der Verwendung des jeweiligen Computerprogramms zustehen. Bei Consumer-Software werden die Lizenzbestimmungen häufig als „End-User-Licence-Agreement“ (EULA) oder als „Endbenutzer-Lizenzvertrag“ bezeichnet.

Dieser Umgang mit Nutzungslizenzen im Software-Markt stellt eine Besonderheit dar. Andere Produkte, etwa Ton- oder Bildträger, enthalten üblicherweise keine Lizenzbedingungen. Dies ist auch nicht erforderlich. Die bestimmungsgemäße Nutzung von Musik oder Filmen (anhören, ansehen) ist urheberrechtlich ohnehin unbeachtlich, daher benötigt der Endabnehmer für den reinen Konsum auch keine Rechte. Auch hierüber hinausgehende Befugnisse, wie v. a. das Kopieren zu privaten Zwecken, müssen dem Nutzer nicht durch Erteilung einer Lizenz gestattet werden. Diese Gestattung ergibt sich vielmehr schon aus dem Gesetz, genauer, aus den gesetzlichen Lizenzen in den Schrankenbestimmungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes (hier: § 53 Abs. 1 UrhG, die sog. Privatkopieschranke). Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der Erwerber etwa einer Musik-CD durch die vertraglichen Vereinbarungen beim Erwerb keinerlei urheberrechtliche Nutzungsrechte an den hierauf sich befindlichen Musikstücken erwirbt. Er erwirbt lediglich das Eigentum an dem Tonträger, ohne dass es zum Abschluss eines Nutzungsrechts- oder Lizenzvertrags kommt.

Bei Computerprogrammen fällt auf, dass auch Consumer-Software mit Lizenzbestimmungen versehen wird, also solche, die an private Endnutzer verkauft wird. Obwohl für die Nutzung von Computerprogrammen nach dem deutschen Urheberrecht andere Bedingungen gelten als für andere Werkarten, ist fraglich, ob es solcher Lizenzen im Regelfall überhaupt bedarf.

Wie bereits angedeutet wurde, benötigt ein Nutzer die Einräumung von Nutzungsrechten zur Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Werkes nur dann, wenn a) die von ihm vorgenommenen Nutzungshandlungen urheberrechtlich relevant sind und b) ihm diese Rechte nicht bereits durch das Gesetz eingeräumt werden. Dies gilt auch für Computerprogramme. Nach § 69d Abs. 1 UrhG „bedürfen die in § 69c Nr. 1 und 2 genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig sind“. Hierunter fallen u. a. Vervielfältigungen, die im Rahmen des Installierens, Ladens oder Ablaufenlassens eines jeden Computerprogramms notwendigerweise entstehen (z. B. im Arbeitsspeicher). Da der normale Endnutzer sein Standardprogramm lediglich auf seinem Computer installieren und ablaufen lassen (also

bestimmungsgemäß benutzen) will und dies als Erwerber einer Software auch ipso iure darf, ist im Normalfall bei Consumer-Software die Einräumung von Lizenzen gar nicht erforderlich.

Etwas anderes gilt, wenn dem Nutzer zusätzliche Rechte eingeräumt werden, also solche, die ihm nicht durch das Gesetz eingeräumt werden (etwa im Wege einer gesetzlichen Lizenz). Hierfür wäre der Rechteerwerb über einen Vertrag notwendig. Häufig ist dies indes nicht die Intention von EULA. Vielmehr scheint es hier oft allein darum zu gehen, dem Nutzer mitzuteilen, was er alles nicht darf. Mitunter wird im gleichen Zuge versucht, gesetzlich gewährte Nutzungsrechte einzuschränken. Ist dies der Fall, stellt sich die im Folgenden – anhand einer beispielhaften Untersuchung verschiedener Lizenzbestimmungen – zu untersuchende Frage, ob und inwieweit die gesetzlichen Bestimmungen einen „abredefesten Kern“ definieren, also einen Grundbestand an Nutzerrechten, der durch vertragliche Bestimmungen (etwa allgemeine Geschäftsbedingungen wie EULA) nicht eingeschränkt werden kann.

Im Folgenden soll auf diese Problematik Bezug genommen werden, soweit dies für die Prüfung der Wirksamkeit einer Klausel notwendig ist. Im Übrigen werden Aspekte der Vertragsverhältnisse sowie Fragen hinsichtlich der Wirksamkeit einer Einbeziehung von Software-Lizenzbestimmungen nicht problematisiert[2]. Die Ansprüche aus § 1 UKlaG sollen den Rechtsverkehr vor der Verwendung unwirksamer bzw. rechtswidriger allgemeiner Geschäftsbedingungen bewahren. Der entscheidende Aspekt liegt mithin in der Frage, ob die jeweiligen Klauseln einer Inhaltskontrolle gem. der §§ 307 ff. BGB standhalten[3]. Die Regelungen des Unterlassungsklagengesetzes schützen nicht vor der Art und Weise der Einbeziehung, sondern vor deren Inhalt[4]. Entsprechend kann dieser Anspruch auch nicht auf rechtswidrige Einbeziehungspraktiken gestützt werden, sondern regelmäßig nur auf eine Inhaltskontrolle der AGB[5].

Die Untersuchung wird sich – entsprechend der vorliegend relevanten Fragestellung – auf Consumer-Produkte beschränken. In der Software-Branche wird eine Vielzahl von Lizenztypen eingesetzt. Viele dieser Lizenztypen sind als reine Unternehmenslizenzen ausgestaltet (was z. B. in der Regel für Mehrplatz-, Volumen- oder Netzwerklizenzen gilt) und damit für die Tätigkeit des vzbv nicht von Interesse.

---

[2] Die Ansichten über die Vertragsverhältnisse beim dezentralen Vertrieb von Software sind im Einzelnen sehr umstritten. Die Auffassung, dass es beim Verkauf von Standardsoftware nur zu Verträgen zwischen Verkäufer und Erwerber, nicht aber zu einem weiteren (Lizenz-)Vertrag mit dem Hersteller kommt, hat sich jedoch weitgehend durchgesetzt, vgl. statt vieler Schulz, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungssysteme, 2005, Rn. 397 m. w. Nachw. Vor diesem Hintergrund geht die ganz h. M. davon aus, dass die Lizenzbestimmungen des Herstellers bei dem üblichen Erwerbsgeschäft von Standard-Software durch einen Verbraucher bei einem Händler in der Regel nicht wirksam einbezogen werden und damit auch keine Bindungswirkung entfalten können, siehe hierzu ausführlich Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Auflage, 2004, Rn. 464 ff. Wirksam werden können die Lizenzbestimmungen hiernach nur, wenn der Kunde schon beim Kauf deutlich auf die Notwendigkeit des Abschlusses eines zweiten (Nutzungsrechts-)Vertrages hingewiesen wird. Da dies im Alltagsgeschäft praktisch nie vorkommt, werden Click- oder Shrink-Wrap-Verträge hiernach generell nicht wirksam einbezogen.

[3] Vgl. BGH NJW 1983, 1320.

[4] BGH NJW-RR 2003, 103/104; Palandt-Heinrichs, Kommentar zum BGB, 64. Auflage 2005, § 1 UKlaG, Rn. 1.

[5] Ansprüche können sich dagegen aus § 8 Abs. 1 UWG ergeben, etwa weil sich die Einbeziehungspraxis insgesamt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als unlauter darstellt.

2.2 Die Nutzungsbedingungen der meistverkauften Microsoft-Produkte

Wie allgemein bekannt, ist die Firma Microsoft[6] bei der Herstellung von Betriebssystemen und Büroanwendungssoftware unangefochtener Marktführer. So hat die Untersuchung ergeben, dass das Programmpaket „Office 2003 SSL" (steht für Schüler, Studierende und Lehrkräfte) im Monat Oktober 2005 die meistverkaufte Anwendungs-Software in Deutschland war[7]. Ebenfalls viel verkauft wurde die Variante „Microsoft Office XP Standard Edition 2003". Bei den Betriebssystemen war die Windows XP Home Edition das meistverkaufte Programmpaket.

Microsoft hat eine Vielzahl von EULA im Einsatz, die auf unterschiedliche Verwendungsszenarien und Zielgruppen zugeschnitten sind. So gibt es neben den Standard-Lizenzen vor allem Volumen-Lizenzen (für Mehrplatznutzung in Unternehmen). Vorliegend sollen die Standard-Lizenzen für die Microsoft Consumer-Software untersucht werden. Diese sind innerhalb der Produktgruppen (z. B. Anwendungsprogramme in den Standard-Versionen wie Microsoft Excel einerseits und Microsoft PowerPoint andererseits) identisch. Die Einzelkomponenten des Office-Paketes unterliegen ebenso wie das Paket insgesamt dem gleichen EULA. Unterschiede bestehen indes zwischen den Lizenzen für Anwendungsprogramme und Betriebssysteme. Für die Nutzung von Windows XP gelten andere Lizenzbestimmungen als für die Anwendungsprogramme.

2.2.1 Standard-EULA für Microsoft Office (Programmpaket bzw. Word, PowerPoint, Excel, Outlook etc.)

Die Standard-Office-Lizenz (nachfolgend: Office-EULA) gestattet dem Nutzer, das Programm auf einem PC zu installieren und zu verwenden. Die Nutzung auf einem zweiten, tragbaren, Computer des Lizenznehmers ist ausdrücklich erlaubt (Ziff. 1.1 lit. (b)).

Die Lizenzbestimmungen enthalten darüber hinaus diverse Einschränkungen hinsichtlich der Verwendung und Nutzung des oder der Programme.

2.2.1.1 Ziff. 2.1: Obligatorische Aktivierung

DIESE SOFTWARE ENTHÄLT TECHNISCHE MAßNAHMEN, DIE EINE NICHT LIZENZIERTE VERWENDUNG DER SOFTWARE VERHINDERN SOLLEN. Möglicherweise können Sie nach einer bestimmten Anzahl von Produktstarts Ihre Rechte an der Software unter diesem EULA nur ausüben, wenn Sie Ihre Kopie der Software auf die in der Startsequenz beschriebene Weise aktivieren. Außerdem müssen Sie die Software möglicherweise reaktivieren, falls Sie Ihre Computerhardware oder die Software ändern. Microsoft verwendet diese Maßnahmen zur Bestätigung, dass Sie eine rechtmäßig lizenzierte Kopie der Software haben. Wenn Sie keine lizenzierte Kopie der Software verwenden, sind Sie nicht berechtigt, die Software oder zukünftige

---

[6] Anschrift der deutschen Niederlassung laut Impressum der Webseite: Microsoft Deutschland GmbH, Konrad-Zuse-Straße 1, 85716 Unterschleißheim, Tel.: +49-89-3176-0, Fax: +49-89-3176-1000.

[7] Quelle: Computerbild, Ausgabe 21/2005, online verfügbar unter: http://www.abendblatt.de/daten/2005/10/08/490168.html.

Softwareupdates zu installieren. Microsoft erfasst bei diesem Vorgang keine persönlichen Informationen von Ihrem Gerät.

Ziff. 2.1 könnte gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein, da die Regelung den Nutzer erheblich in seiner Verwendungsfreiheit einschränkt. Die Programme müssen üblicherweise aktiviert werden. Dabei behält sich der Hersteller jedoch vor, eine Aktivierung vorzunehmen oder zu unterlassen. Nach welchen Kriterien eine Aktivierung vorgenommen wird oder abgelehnt werden kann, wird nicht angegeben. Der Käufer der Software ist daher auch nach Abschluss des Kaufvertrages über das Programm für dessen Nutzung auf eine weitere (Zustimmungs-)Handlung des Herstellers angewiesen. Wird die Aktivierung nicht vorgenommen, kann er die Software nicht nutzen.

Seit Microsoft im Jahr 2001 (vor der Einführung von Windows XP) Aktivierungspflichten für seine Programme ankündigte, stehen diese im Streit. Diesbezüglich war es von verschiedener Seite zu Protesten gekommen. Auf einen kritischen Beitrag des ZDF-Magazins „WISO" hatte Microsoft seinerzeit mit einer offiziellen Stellungnahme reagiert und auf die einzelnen Vorwürfe erwidert. Ein Artikel in der PC Welt gibt diese Stellungnahme im Wortlaut wieder[8]. Auf den Vorwurf, die Produktaktivierung verstoße gegen das „OEM-Urteil" des Bundesgerichtshofes, erwiderte Microsoft wie folgt: „*Die Produktaktivierung verhindert die illegale Mehrfachnutzung eines Softwareproduktes, bindet diese aber nicht an ein bestimmtes Hardwareprodukt. Der Anwender hat jederzeit die Möglichkeit, das Softwareprodukt weiterzuverkaufen, und zwar als separates Produkt auch dann, wenn er die Software vorinstalliert auf einem Hardwareprodukt erworben hat. Der Erwerber kann die Software dann erneut aktivieren. Die Verkehrsfähigkeit des Softwareprodukts wird damit durch die Aktivierung nicht beeinträchtigt.*"

Selbst wenn faktisch so vorgegangen wird, geht diese Handhabung aus den EULA nicht hervor. Denn eine Pflicht zur Aktivierung wird hierdurch nicht begründet, obwohl es aus Sicht des Herstellers sicherlich unproblematisch wäre zu regeln, dass die Aktivierung nur bei nicht rechtmäßig erworbenen Produkten oder Raubkopien versagt werden kann. Stattdessen finden sich in den EULA gar keine näheren Hinweise auf den Vorgang der Aktivierung. So bleibt etwa für den Erwerber völlig offen, ob es sich hierbei nur um eine technische Formalie handelt oder über die Aktivierung individuell entschieden wird, ob eine erneute Aktivierung möglich ist und ob eine solche durch eine andere Person als den Ersterwerber durchgeführt werden kann usw. Ob die Behauptungen von Microsoft zutreffen, wäre daher für den Erwerber – selbst wenn er hiervon Kenntnis hätte – ungewiss. Aus seinen Lizenzbestimmungen ergibt sich jedenfalls nichts, was eine (rechtliche) Sicherheit, dass die Produkte ohne weiteres weiterveräußert und erneut aktiviert werden können, begründen würde. Das Office-EULA versetzt Microsoft scheinbar rechtlich in die Lage, Aktivierungen nicht vorzunehmen (jedenfalls ergibt sich hieraus nichts Gegenteiliges). Nur auf diese rechtlichen Wirkungen kommt es bei der Inhaltskontrolle der betreffenden Klauseln an, nicht aber auf die Frage nach der tatsächlichen Handhabung. Aus dieser kann der Nutzer keine Rechte ableiten. Regelmäßig wird er hiervon auch keine Kenntnis haben.

Die Aktivierungspflicht greift zunächst in das Vervielfältigungsrecht des Nutzers nach § 69d Abs. 1 UrhG ein, denn wenn eine Aktivierung oder Reaktivierung (nach Hardware-

[8] http://www.pcwelt.de/defaults/drucken/44/18219/.

Wechsel) nicht erfolgt, kann er die Software nicht (mehr) bestimmungsgemäß installieren, laden, anzeigen, speichern oder ablaufen lassen. Auch wenn die Rechte nach § 69d Abs. 1 UrhG nur unter dem Vorbehalt erteilt werden, dass dem keine vertraglichen Vereinbarungen entgegenstehen, vermittelt die Schranke dem Nutzer nach ganz h. M. einen abredefesten Kern an Mindestrechten, die vertraglich gerade nicht abbedungen werden können[9]. In diesen Bereich nicht-dispositiver Nutzungsrechte fallen auch und vor allem sämtliche Vervielfältigungshandlungen, die für die bestimmungsgemäße Inbetriebnahme der Software notwendig sind (Installieren, Laden in den Arbeitsspeicher usw.[10]). Klauseln, die diesen zwingenden Kern von § 69d Abs. 1 UrhG einschränken, sind gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam[11]. Entsprechend vertritt die wohl h. M., dass Aktivierungspflichten gegen § 69d Abs. 1 UrhG verstoßen und schon von daher unwirksam sind[12]. Dies gelte auch dann, wenn eine erneute Aktivierung nicht grundsätzlich untersagt, sondern nur unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt werde. Denn der Nutzer sei darauf angewiesen, seine Hardwarekonfiguration jederzeit ändern (etwa die Festplatte auszutauschen) zu können, ohne hierbei Gefahr zu laufen, dass die erneute Aktivierung seiner Software nicht vorgenommen werde. Hieraus folge faktisch eine unzulässige Computerbindung[13].

Zudem führt die Aktivierungspflicht zu einer Einschränkung des Weiterverbreitungsrechts. Denn diese wirkt sich faktisch wie ein – gemäß § 307 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB unwirksames[14] – Weiterveräußerungsverbot mit Zustimmungsvorbehalt aus, da der neue Anwender für die Installation der Software wiederum von der Aktivierung des Herstellers abhängt, der diese u. U. verweigern kann[15].

Eine solche Regelung hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB im Zweifel nicht Stand. Im Hinblick auf die Abweichung bzw. Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes liegt ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor, weil hierdurch von wesentlichen Grundlagen der gesetzlichen Regelungen abgewichen wird, die mit der Klausel unvereinbar sind[16]. Nach ganz h. M. in Literatur und Rechtsprechung sind pauschale

---

9 So schon die Gesetzesbegründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz, durch das § 69d UrhG eingeführt wurde, vgl. BT-Drcks. 12/4022, S. 12. Vgl. weiter BGH GRUR 2000, S. 866/868 – Programmfehlerbeseitigung; Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Praxiskommentar zum UrhG, Hauptband, 2002, § 69d, Rn. 34 jeweils m. w. Nachw.

10 Vgl. statt vieler: Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Hauptband, § 69d, Rn. 34; Baus, MMR 2002, 14/15.

11 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Auflage 1999, § 9, Rn. S 143; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Auflage 2001, Anh. §§ 9-11, Rn. 279.

12 Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1229; Koch CR 2002, 629/634. A. A. Baus, MMR 2002, 14/17.

13 So überzeugend Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1229 f. Das in einer ähnlichen Konstellation ergangene Urteil des Bundesgerichtshofs „CPU-Klauseln“ (vgl. NJW 2003, 2014 ff.) steht dem m. E. nicht entgegen, obgleich der BGH hier die Bindung von Software an bestimmte Hardware (mit Zustimmungsvorbehalt) nicht generell für unzulässig erklärt hat. Das Urteil bezieht sich jedoch schon von vornherein nicht auf im Verkaufswege veräußerte Consumer-Software, sondern auf im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen (an ein Unternehmen) überlassene hochwertige Software-Lösungen. Entsprechend weist der BGH ausdrücklich darauf hin, dass die Beurteilung formularmäßiger Vertragsklauseln je nach Art der Überlassung unterschiedlich zu beurteilen ist.

14 So Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1069. Siehe Näheres zu den Weiterveräußerungsverboten unten, Punkt 2.1.2.1.3.

15 So auch Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1226.

16 Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1234; Koch, CR 2002, 629/632.

Einschränkungen des Erschöpfungsgrundsatzes in AGB gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie eine Abweichung vom vertraglichen (in Bezug auf Softwareüberlassungsverträge) und urheberrechtlichen Leitbild darstellen[17].

Neben den genannten Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Klausel mit grundlegenden urheberrechtlichen Wertungen begegnet diese auch im Hinblick auf die wesentlichen Rechte und Pflichten Bedenken, die sich für die Beteiligten eines Kaufvertrages ergeben. Denn dem Erwerber ist grundsätzlich die uneingeschränkte Verfügungsfreiheit an dem zu Eigentum erworbenen Kaufgegenstand zu verschaffen (vgl. § 433 BGB). Diese Verschaffungspflicht des Veräußerers wird durch die Klausel nicht unerheblich eingeschränkt, da Microsoft hiernach nicht verpflichtet ist, eine Software nach der Weiterveräußerung oder ansonsten zu aktivieren. Daher ist insofern im Zweifel auch von einem Fall des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auszugehen[18].

Zudem ist die Aktivierungsklausel hinsichtlich ihrer Folgen für den Nutzer derart undurchsichtig (v. a., da nicht bestimmt ist, ob und wenn aus welchem Grund und unter welchen Umständen der Hersteller eine Aktivierung versagen kann), dass wohl von einem Verstoß gegen das Transparenzgebot ausgegangen werden muss[19].

Fraglich bleibt damit, ob sich Microsoft als Verwender des EULA gem. § 307 Abs. 2 BGB auf ein überwiegendes Interesse an der Wirksamkeit von Ziff. 2.1 berufen könnte. Grundsätzlich kann der Verwender aufgrund überwiegender Interessen an der Verwendung einer den Vertragspartner benachteiligenden Klausel die Vermutung des § 307 Abs. 2 BGB widerlegen. Gelingt dies, liegt angesichts der Abwägung aller betroffenen Interessen keine „unangemessene Benachteiligung“ des Kunden vor[20].

Vorliegend wird sich Microsoft im Zweifel darauf berufen, eine technische Aktivierungspflicht sei zur Eindämmung von Raubkopien erforderlich, da hierdurch eine verstärkte Kontrolle illegaler Kopien und (vor) unzulässiger simultaner Mehrfachnutzung ermöglicht würde (hierauf spielt schon der Wortlaut der Ziff. 2.1 an). Es steht zu erwarten, dass das Interesse am Erhalt der Aktivierungs-Klauseln aus diesem und anderen Gründen so erheblich ist, dass diese mit allen Mitteln verteidigt werden wird.

Wie die Interessenabwägung im Einzelfall ausfallen würde, ist schwer zu prognostizieren. *Marly* vertritt die Ansicht, dass das Interesse des Herstellers jedenfalls bei auf Dauer überlassener Software nicht vorgeht und solche Klauseln mithin in jedem Fall unwirksam sind[21]. Hierfür sprechen die o. g. Interessen des Nutzers, in der Verwendungs- und Veräußerungsfreiheit seines zu Eigentum erworbenen Computerprogramms nicht derart eingeschränkt zu sein, dass dessen Weitergabe und (Weiter-)Nutzung von der Willkür des Herstellers abhängt.

---

[17] OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1997, 494; OLG Bremen WRP 1997, 573/575 f. = CR 1997, S. 609/611; Lehmann NJW 1993, 1822/1825; Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Hauptband, § 69c, Rn. 38 m. w. Nachw.

[18] So auch Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1234.

[19] Vgl. hierzu Koch, CR 2002, 629/632 f.

[20] Vgl. Palandt-Heinrichs, § 307, Rn. 25.

[21] Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1235; ebenso Koch, CR 2002, 629/632; dagegen Baus, MMR 2002, 14/17, der meint, der Hersteller sei lediglich zur Aktivierung verpflichtet. Woraus sich allerdings eine solche Pflicht ergeben soll (soweit diese durch den Lizenzvertrag nicht begründet wurde), lässt der Autor ebenso offen wie die Frage, ob die Aktivierungspflichten gegebenenfalls gegen den Erschöpfungsgrundsatz verstoßen. Baus setzt sich nur mit der Vereinbarkeit der Rechte des Nutzers aus § 69d Abs. 1 UrhG auseinander.

Der BGH hat dagegen in seiner Entscheidung CPU-Klausel[22] ein Interesse der Hersteller anerkannt, die „Nutzung ihrer Software im Einzelnen nachvollziehen und kontrollieren (zu) können“[23]. Allerdings beschränkt sich die Anwendbarkeit der Entscheidung auf hochwertige Software, die dem Anwender nur zeitweise im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen überlassen wird. Wie gesagt hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Wertung bei dauerhaft und gegen Einmalzahlung überlassener Software anders ausfallen kann.

Ob der BGH mit seiner Formulierung, Kauf-Software sei „unterschiedlich zu beurteilen“, darauf hinweisen wollte, dass man verwendungseinschränkende Bestimmungen wie CPU- oder Aktivierungsklauseln als unzulässig ansieht, ist dem Urteil nicht eindeutig zu entnehmen. Der in der Software-Branche übliche Einsatz von Aktivierungssystemen und -klauseln und deren – jedenfalls vermeintliche – Bedeutung für die Hersteller lässt die Erfolgsaussichten eines Angriffs – ohne abstrakt alle beteiligten Interessen im Einzelnen ermitteln und gegeneinander abwägen zu können – zumindest vage erscheinen.

2.2.1.2 Ziff. 4: Einschränkungen im Hinblick auf Zurückentwicklung (Reverse Engineering), Dekompilierung und Disassemblierung

Sie sind nicht berechtigt, die Software zurückzuentwickeln, zu dekompilieren oder zu disassemblieren, es sei denn, dass (und nur insoweit) dies ungeachtet dieser Einschränkung durch das anwendbare Recht ausdrücklich gestattet ist.

Vereinbarkeit mit § 69e UrhG

Die Klausel steht im Widerspruch zum deutschen Recht. Nach § 69e UrhG ist die Dekompilierung von Computerprogrammen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig, wenn dies der Herstellung von Interoperabilität mit anderen vom Nutzer eingesetzten Computerprogrammen „unerlässlich ist“. Nach § 69g Abs. 2 UrhG sind vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu § 69e UrhG stehen, nichtig. § 69e UrhG ist damit zwingendes Recht. Die Regelung soll ermöglichen, dass der berechtigte Software-Nutzer durch eine Dekompilierung Zugriff auf (urheberrechtlich nicht geschützte) Schnittstellen nehmen kann, um diesen die zur Herstellung von Interoperabilität erforderlichen Informationen zu entnehmen[24]. Vertragliche Dekompilierungsverbote, zumal mit pauschalem Umfang wie Ziff. 4 des Office-EULA, sind somit schon aufgrund zwingenden Urhebervertragsrechts nichtig, sodass es eines Rückgriffs auf § 307 BGB nicht mehr bedarf[25].

---

[22] Vgl. NJW 2003, 2014 ff.

[23] BGH, ebd. S. 2016.

[24] Dreier/Schulze-Dreier, UrhG, 2004, § 69e, Rn. 1.

[25] Obgleich sich die Klagebefugnis nach § 1 UKlaG dem Wortlaut nach nur auf die Unwirksamkeit nach den §§ 307 bis 309 BGB verweist, ändert dies nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs im Übrigen nichts an der Klagebefugnis des vzbv. Der Zweck des UKlaG, Störungen des Rechtsverkehrs durch Verwendung unwirksamer Klauseln entgegenzuwirken, rechtfertigt hiernach eine erweiternde Auslegung, nach der eine Verbandsklage auch auf Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot oder zwingendes Recht gestützt werden kann, vgl. BGH NJW 1983,

An der Unwirksamkeit ändert m. E. auch der Umstand nichts, dass eine Dekompilierung nach § 69e UrhG nur dann zulässig ist, wenn dies „zur Herstellung von Interoperabilität unerlässlich ist“. Zum einen unterscheidet Ziff. 4 des Office-EULA nicht danach, ob die erforderlichen Informationen anderweitig ersichtlich sind, etwa da sie durch Beobachten, Untersuchen oder Testen des fremden Programms selbst erlangt werden können oder dadurch, dass der Hersteller die zur Herstellung zur Interoperabilität notwendigen Informationen selbst bereitstellt. Vielmehr wird die Dekompilierung pauschal und damit auch für den Fall untersagt, dass die notwendigen Informationen über die Schnittstellen nur durch eine Dekompilierung ermittelt werden können. Zudem soll der Dekompilierende auch nicht verpflichtet sein, beim Rechtsinhaber um die Informationen eigenständig nachzusuchen[26]. Vielmehr ist die Dekompilierung nur dann „nicht unerlässlich“, wenn die Informationen allgemein bekannt sind oder direkt und ohne zusätzliche Kosten vom Hersteller (etwa in der Dokumentation) zur Verfügung gestellt werden[27]. Hiervon kann bei Microsoft-Consumer-Produkten nicht ausgegangen werden[28].

Erhalt der Klausel aufgrund des „salvatorischen Zusatzes“

Fraglich bleibt, ob ein Vorgehen gegen die Klausel in Ziff. 4 aufgrund des Verweises auf eventuell anders lautende Regelungen des anwendbaren Rechts (... *es sei denn, dass (und nur insoweit) dies ungeachtet dieser Einschränkung durch das anwendbare Recht ausdrücklich gestattet ist.*“) ausgeschlossen ist. Wäre ein solcher Zusatz zulässig, wäre die Klausel wirksam, da diese dann nur auf die ohnehin anwendbaren Bestimmungen des deutschen Rechts (§ 69e UrhG) verweisen würde (vgl. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).

Derartige Zusätze werden gemeinhin als „salvatorische Klauseln“ oder „relativierende Klauselzusätze“ bezeichnet. Eine Verwendung in allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt nach ganz h. M.[29] und Rechtsprechung[30] i. d. R. gegen das Transparenzgebot gem. §§ 305 Abs. 2, 307 Abs. 1 Satz 2 BGB[31]. Dies wird damit begründet, dass der Kunde bei reinen Verweisen auf das anwendbare Recht seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag nicht ohne weiteres erkennen kann. Das Transparenzgebot besagt, dass die AGB dem durchschnittlichen, also in der Regel rechtsunkundigen, Kunden ermöglichen müssen, die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu erkennen oder ohne weiteres ermitteln zu können. Salvatorische Klauselzusätze, die lediglich auf das

---

1320/1322; Palandt-Heinrichs, § 1 UKlaG, Rn. 4. Im Übrigen stehen insofern stets Ansprüche nach den §§ 8 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG im Raum.

[26] Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1176 (Fn. 467).

[27] Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Hauptband, § 69e, Rn. 15 m. w. Nachw.

[28] Für diese – hier angesichts der ohnehin anzunehmenden Unwirksamkeit der Klausel nicht näher nachgeprüfte – Annahme spricht v. a. das Kartellverfahren, das die EU-Kommission gegen das Unternehmen eingeleitet hat und das mit der Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von 497,2 Millionen Euro sowie Produktauflagen im Frühjahr 2004 endete, vgl. etwa http://www.heise.de/newsticker/meldung/45958.

[29] Wolf/Horn/Lindacher, § 6, Rn. 44 f. und § 9, Rn. 151; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2, Rn. 53; Palandt-Heinrichs, vor § 307, Rn. 13; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1534.

[30] So die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. etwa BGH NJW 1985, 623/627; NJW 1996, 1407/1408; NJW 1993, 1061/1062; NJW 1991, 2630/2632; NJW 1987, 1815/1818.

[31] Palandt-Heinrichs, vor § 307, Rn. 13; BGH NJW 1996, 1407/1408.

anwendbare Recht verweisen, lassen den Kunden dagegen im Unklaren über den Inhalt der Regelungen[32].

Ergänzend hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Verfahren nach § 1 UKlaG kaum einen Anwendungsbereich hätte, wenn der Verwender sich mit derartigen relativierenden Klauselzusätzen hinsichtlich aller unzulässigen Klauseln vor dem Unterlassungsanspruch bewahren könnte[33]. Der Schutzzweck des UKlaG könnte auf diese Weise unterlaufen werden.

Auf die streitige Frage, ob von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht werden kann, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach dem Stand der Rechtsprechung und des Schrifttums objektiv ungewiss ist, ob eine bestimmte Regelung noch zulässig ist oder nicht, kommt es hier angesichts der klaren rechtlichen Bestimmungen (§§ 69e, 69g Abs. 2 UrhG) nicht an[34].

Relevanz für Verbraucher

Wenn es auch aus rechtlichen Gründen denkbar erschiene, gegen die Klausel Nr. 4 des EULA aufgrund eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB vorzugehen, scheint dies aus Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht besonders nahe liegend. Eine Dekompilierung des Programmcodes wird für den durchschnittlichen Verbraucher schon deshalb kaum in Betracht kommen, da er hierzu weder fähig noch in der Lage ist, den hierbei entstehenden Aufwand zu bewältigen. Etwas anderes gilt natürlich für Programmierer und sonstige Nutzer mit speziellen technischen Fähigkeiten. Diese könnten durch die Klausel durchaus in ihrer gesetzlich garantierten Dekompilierungsfreiheit beeinträchtigt werden.

2.2.1.3 Ziff. 5: Keine Vermietung/kein Verleih

„Sie sind nicht berechtigt, die Software zu vermieten, zu verleasen, ***zu verleihen*** *oder kommerzielle Hostingdienste mit ihr bereitzustellen.“*

Nach Ziff. 5 des Office-EULA ist es dem Nutzer u. a. verboten, die Software zu verleihen.

Das Verleihverbot könnte gegen den Erschöpfungsgrundsatz nach §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG verstoßen und daher gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein. Während das Vermietungsrecht schon durch die genannten gesetzlichen Regelungen von der Erschöpfungswirkung ausgenommen wird (siehe 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG a. E.), gilt dies nicht für das Verleihrecht. Dies erschöpft sich mit dem ersten In-Verkehr-Bringen einer Programmkopie[35]. Nach ganz h. M. in Literatur und Rechtsprechung sind pauschale Einschränkungen des Erschöpfungsgrundsatzes in AGB gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie eine Abweichung vom vertraglichen (in Bezug auf Softwareüberlassungsverträge) und urheberrechtlichen Leitbild darstellen[36]. Dies soll nach

---

[32] So Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1534.
[33] BGH NJW 1996, 1407/1408; NJW 1985, 623/627.
[34] Vgl. zu diesem Streit Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1536 ff. und unten, Punkt 2.1.2.1.3.
[35] Dreier/Schulze-Dreier, § 69c, Rn. 19.
[36] Nachw. s.o., Fn. 17.

einer Ansicht in der Literatur auch für solche Klauseln gelten, die entweder jede Art der Vermietung – und damit auch die nicht Erwerbszwecken dienende Miete (=Leihe)[37] – oder sogar ausdrücklich – wie vorliegend – die Leihe untersagen[38]. Gegenstimmen sind nicht ersichtlich.

Der Erschöpfungsgrundsatz dient der Verkehrsfähigkeit des Werkstücks und damit dem Rechtsverkehr[39]. Er besagt, dass der Rechtsinhaber nach der Erstverbreitung kein Kontrollrecht mehr über weitere Verbreitungsvorgänge seines Werkstückes haben soll. Die Erschöpfungswirkung erfasst dabei auch das Verleihrecht.

Die Regelung über den Erschöpfungsgrundsatz spiegeln die Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen über den Eigentumserwerb wider[40]. Denn nach § 903 Satz 1 BGB steht dem Eigentümer das grundsätzlich uneingeschränkte Recht zu, den Besitz der Sache an Dritte weiterzugeben. Vertragszweck einer auf Dauer angelegten Softwareüberlassung ist die Verschaffung einer Eigentümerposition[41]. Diese wäre erheblich eingeschränkt, wenn der Nutzer die erworbene Software nicht verleihen dürfte. Zwar handelt es sich bei den §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG grundsätzlich nur um eine dingliche Beschränkung des Urheberrechts. Aus den hinter diesen Regelungen stehenden, grundsätzlichen Erwägungen ergibt sich jedoch zusätzlich die Wertung, dass auch schuldrechtliche Verleihverbote (zumal in allgemeinen Geschäftsbedingungen) generell gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind.

Dem steht nach der genannten Ansicht auch nicht entgegen, dass der Software-Hersteller u. U. ein berechtigtes Interesse an einem solchen Verbot hat, um Raubkopien entgegenzuwirken[42]. Dem könne man entgegenhalten, dass Veräußerungs- und Verleihverbote auch den Herstellern anderer Werke untersagt seien (z. B. Videoproduzenten) und die Interessenlage insofern keine Unterscheidungen zulasse.

Zudem spricht gegen die Anerkennung eines besonderen, höherrangigen Interesses des Software-Herstellers, dass weder die EG-Computerprogramm-Richtlinie noch die Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie dem Rechtsinhaber ein Verbotsrecht in Bezug auf die nicht-gewerbliche Vermietung (und Leihe) einräumen. Die gesetzgeberische Wertung von § 69c Nr. 3 UrhG spricht daher entscheidend gegen die Annahme eines überwiegenden

---

[37] Nach § 17 Abs. 3 UrhG fällt unter das urheberrechtliche Vermietrecht nur die zeitweilige Überlassung eines Werkes zu mittelbaren oder unmittelbaren Erwerbszwecken. Die keinen Erwerbszwecken dienende Vermietung ist damit, wie auch die kostenlose Leihe, nicht Gegenstand der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte (siehe Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1091; vgl. auch den Wortlaut der sog. „Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie, 92/100/EWG vom 19.11.1992, Abl. Nr. L 346 vom 27.11.1992, S. 61-66). Der Vermietungsbegriff in § 69c Nr. 3 UrhG ist mit dem des § 17 Abs. 3 UrhG identisch (vgl. nur Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Amtsblatt Nr. L 122 vom 17.05.1991 S. 0042-0046; Schricker-Loewenheim, Kommentar zum UrhG, 2. Auflage, München 1999, § 69c, Rn. 27).

[38] So Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1087 ff. (1091), 1097 ff. (1100); Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Hauptband, § 69c, Rn. 39 (derselbe verwirft diese Ansicht jedoch aus unerfindlichen Gründen selbst in Rn. 49); Schumacher CR 2000, S. 641/649).

[39] Schricker-Loewenheim, § 17, Rn. 36 m. w. Nachw.

[40] So ausführlich Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1088 ff. m. w. Nachw.

[41] Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1089.

[42] So aber ohne nähere Begründung Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Hauptband, § 69c, Rn. 49.

Interesses des Software-Herstellers an dem Verbot der Leihe von einmal in Verkehr gebrachten Computerprogrammen[43].

Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man die vom Erschöpfungsgrundsatz eröffneten Möglichkeiten des Verkaufs bzw. Verschenkens einerseits und der Leihe andererseits vergleicht. Es wäre sinnwidrig, könnte der Eigentümer einer Software zwar nicht durch AGB-Klauseln daran gehindert werden, sein Werkstück einem Dritten zu schenken, dies jedoch in Bezug auf die Leihe möglich wäre. Dies würde dazu führen, dass der Hersteller zwar nicht untersagen könnte, dass z. B. eine Gruppe von Personen die Software ständig hin und her verschenkt, er diesen die nicht auf Dauer angelegte Leihe jedoch verbieten dürfte. Eine solche Wertung wäre offensichtlich sinnlos, da der Verleihakt – wie sich an diesem Beispiel zeigt – nicht stärker in die Interessen des Rechtsinhabers eingreift als der Übertragungsakt.

Abschließend ist damit festzuhalten, dass Ziff. 5 des Office-EULA nach der hier vertretenen Auffassung gegen § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB verstößt. Dass eine solche Klausel merklich in die Interessen der Verbraucher eingreift, zeigen eigene Erfahrungen mit Anfragen von Nutzern bei iRights. Diese betrafen etwa das Problem, ob Eltern ordnungsgemäß erworbene Lernsoftware an andere Eltern verleihen dürfen. Auch kann ein Interesse daran bestehen, Software, die spezielle Zwecke erfüllt (etwa eine Bildbearbeitungssoftware zum Bearbeiten der Urlaubsbilder), im Kreise Bekannter nur einmal zu erwerben und dann – je nach Bedarf – zu verleihen. Wie gesagt wäre dies in jedem Fall zulässig, wenn die Software in diesem Zuge immer weitergeschenkt würde. Eine Leihe kann vor diesem Grund m. E. ebenfalls nicht untersagt werden.

2.2.1.4 Ziff. 8 und 9: Updates

*„8. ZUSÄTZLICHE SOFTWARE/DIENSTE. Dieses EULA gilt für Updates, Ergänzungen, Add-On-Komponenten oder Komponenten internetbasierter Dienste der Software, die Microsoft Ihnen möglicherweise bereitstellt oder verfügbar macht, nachdem Sie Ihre ursprüngliche Kopie der Software erworben haben, **es sei denn, ihnen liegen gesonderte Bestimmungen bei**. Microsoft behält sich das Recht vor, internetbasierte Dienste einzustellen, die Ihnen bereitgestellt oder durch die Verwendung der Software verfügbar gemacht werden.“*

*„9. UPDATES. Um als ein Update gekennzeichnete Software zu verwenden, müssen Sie zuerst über eine Lizenz für die Software verfügen, die von Microsoft als für das Update geeignet gekennzeichnet ist. **Nach dem Installieren des Updates sind Sie nicht mehr zur Verwendung der ursprünglichen Software berechtigt, die die Grundlage Ihrer Eignung für das Update bildete, außer als Teil der upgedateten Software.“***

In Ziff. 8 und 9 des Office-EULA finden sich Bestimmungen über Updates. Nach Ziff. 8 Satz 1 gilt das ursprüngliche EULA auch für Updates, „*es sei denn, ihnen* {also u. a. den

[43] So überzeugend Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1091.

Updates} *liegen gesonderte Bestimmungen bei“*[44]. Nach Ziff. 9 ist man nach der Installation eines Updates nicht mehr berechtigt, die ursprüngliche Software zu nutzen.

Nach dieser Konstruktion ist es denkbar, dass dem Nutzer nach Vertragsschluss neue Vertragsbedingungen einseitig auferlegt werden. Dies wird in der Praxis v. a. dann vorkommen, wenn der Hersteller notwendige Updates (etwa Sicherheits-Updates) veröffentlicht, die die Nutzer im Zweifel installieren müssen, und er gleichzeitig die Lizenzbestimmungen ändert (vorliegend z. B. das Recht zur gleichzeitigen Nutzung auf einem Notebook gestrichen wird). Die Nutzer sind dann nicht mehr befugt, die Software nach den alten Lizenzbestimmungen zu verwenden. Auch ist es nicht zulässig, das Programm zu „downgraden“, um wieder die alte Programmversion nach den Bedingungen nutzen zu können, die im Moment des Erwerbs dem Vertrag zugrunde gelegt wurden.

Diese Beispiele illustrieren, dass es sich bei der Kombination der Klauseln um eine Art einseitigen Änderungsvorbehalt handeln könnte. Ein solcher kann gegen § 308 Nr. 4 BGB oder auch § 307 Abs. 1 BGB verstoßen, v. a. soweit hierdurch dem Verwender die Befugnis eingeräumt wird, in bereits bestehende Vertragsverhältnisse nachträglich zulasten des Vertragspartners einzugreifen.

Die Rechtsprechung zu Änderungsvorbehalten

Der BGH (NJW 1998, S. 454/454; NJW 1999, S. 1865/1866) hat für die Zulässigkeit von einseitigen Änderungsklauseln sehr strenge Voraussetzungen aufgestellt.

Diese sind schon per se unwirksam, wenn der Verwender sich hiermit ein pauschales Änderungsrecht vorbehält (Leitsatz 3 zur Entscheidung NJW 1998, S. 454: *"Klauseln, mit denen sich der Versicherer ein uneingeschränktes Recht vorbehält, Prämien, Tarife und sonstige versicherungsvertragliche Rechte und Pflichten abzuändern, sind wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam")*.

Ein Leistungsbestimmungsrecht kann sich der Verwender nur vorbehalten, wenn hieran ein berechtigtes Interesse besteht. Eine Befugnis zur einseitigen Änderung wesentlicher Vertragsbedingungen kann nur dann formularmäßig begründet werden, wenn schwerwiegende Gründe dies rechtfertigen (BGHZ 89, 211; Palandt/Heinrichs, § 307, Rn. 125). Auch muss die Änderung für den Vertragspartner zumutbar sein. Die Tatbestandsvoraussetzungen und der Umfang des Leistungsbestimmungsrechts müssen zudem hinreichend tatbestandlich konkretisiert sein (Palandt/Heinrichs, § 307, Rn. 125 m. w. Nachw. auf die ständige Rechtsprechung des BGH).

Eine Klausel, nach der der Verwender einer AGB generell zu Anpassungen befugt wird, ist daher unzulässig.

Aussagekräftig ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1999[45]. Der Senat hat hierin die folgende Klausel gem. § 9 AGBG für unwirksam erklärt:

"1. Der Versicherer ist berechtigt,

---

[44] Es ist insofern nicht ersichtlich, dass Microsoft hinsichtlich der „gesonderten Bestimmungen“ nicht auf Updates, sondern lediglich auf die im Übrigen genannten „Ergänzungen, Add-On-Komponenten“ usw. verweisen will.

[45] Siehe NJW 1999, S. 1865.

- *bei Änderungen von Gesetzen, auf denen die Bestimmungen des Versicherungsvertrages beruhen,*
- *bei unmittelbar den Versicherungsvertrag betreffenden Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen oder der Kartellbehörden,*
- *im Fall der Unwirksamkeit von Bedingungen sowie*
- *zur Abwendung einer kartell- oder aufsichtsbehördlichen Beanstandung*

einzelne Bedingungen mit Wirkung für bestehende Verträge zu ergänzen oder zu ersetzen. Die neuen Bedingungen sollen den ersetzten rechtlich und wirtschaftlich weitestgehend entsprechen. Sie dürfen die Versicherten auch unter Berücksichtigung der bisherigen Auslegung in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht nicht unzumutbar benachteiligen.

2. Die geänderten Bedingungen werden dem Versicherungsnehmer schriftlich bekannt gegeben und erläutert. Sie gelten als genehmigt, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe schriftlich widerspricht. Hierauf wird er bei der Bekanntgabe besonders hingewiesen... Bei fristgerechtem Widerspruch laufen die Verträge mit den ursprünglichen Bedingungen weiter.

Trotz der erheblichen Konkretisierung der Klausel, die an bestimmte Fälle anknüpft, hat der BGH diese für unwirksam erklärt. Dies wird damit begründet, dass die Klausel dem Verwender die Möglichkeit einräumt, den Vertragspartner nachträglich schlechter zu stellen als bei Vertragsschluss. Eine solche Folge dürfe sich aus einem einseitigen Änderungsvorbehalt nur unter zwei Umständen ergeben: 1) Wenn durch eine Gerichtsentscheidung oder ähnliche Umstände eine Vertragslücke entsteht (etwa weil eine Klausel für unwirksam erklärt wurde) und sich hieraus Schwierigkeiten für die Vertragsauslegung ergeben würden oder 2) wenn durch unvorhersehbare Änderungen, die der Versicherer nicht veranlasst und auf die er auch keinen Einfluss hat, das bei Vertragsschluss vorhandene Äquivalenzverhältnis eine Anpassung erforderlich macht.

Aus § 10 Nr. 4 AGBG (nunmehr § 308 Nr. 4 BGB) ergebe sich nichts anderes. Dieser gelte zunächst nur für Leistungen, während der Änderungsvorbehalt sich seinem Wortlaut nach auf alle Aspekte des Vertrages beziehe. Im Übrigen ergebe sich hieraus nur eine äußerste Grenze, die der Verwender nicht überschreiten dürfe (ebd. S. 1866). Die Vorschrift schließe nicht aus, dass der Verwender aus anderen Gründen hinter dieser Grenze zurückbleiben müsse. Zudem sei auch die Widerspruchsfrist von einem Monat zu gering bemessen.

Beurteilung von Ziff. 8/9 des Office-EULA

Wenn in den Ziff. 8 und 9 ein einseitiger Änderungsvorbehalt gesehen werden könnte, wäre dieser vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen im Zweifel unwirksam. Die gleichen Wertungen gelten im Übrigen für verdeckte Änderungsvorbehalte[46]. Ziff. 8 enthält keinerlei Konkretisierungen oder Beschränkungen oder Bezugnahmen auf die Berücksichtigung der Interessen des Nutzers. Microsoft behält sich pauschal vor, bei

[46] Siehe Palandt-Heinrichs, § 308, Rn. 22 mit Beispielen und w. Nachw.

Updates „gesonderte Bestimmungen“ beizulegen, die mangels Konkretisierung der Klausel anscheinend auch Einschränkungen der Nutzungsbefugnisse enthalten können. Solche würden sich im Zweifel auch auf den nicht-upgedateten Teil der ursprünglichen Software beziehen. Es wäre kaum denkbar und würde wohl auch einen Verstoß gegen das Transparenzgebot bedeuten, wenn das EULA des Updates bestimmte Teile der Software (nämlich die im Rahmen des Updates geänderten) den neuen Bedingungen unterstellen würde, auf die unveränderten Bestandteile jedoch die alten Bedingungen weiterhin zur Anwendung kämen. Dass dies praktisch nicht denkbar ist, zeigt sich an dem Beispiel, dass das Benutzungsrecht auf einem zweiten, tragbaren, Computer durch die im Rahmen eines Sicherheitsupdates geänderten Nutzungsbedingungen gestrichen würde. Eine solche Änderung würde stets die Nutzungsbefugnisse an dem gesamten Programm betreffen.

Allerdings ist zunächst zumindest nicht eindeutig, ob Ziff. 8 und 9 überhaupt einen einseitigen Änderungsvorbehalt im Sinne der vorgenannten Regelungen und Rechtsprechung zum Ausdruck bringen. Immerhin unterscheidet sich die Änderungspraxis bei Updates von MS-Office-Software von einem einseitigen Änderungsvorbehalt durch zweierlei Umstände: Zum einen ist der Nutzer nicht verpflichtet (auch nicht durch die Ziff. 8 und 9), Updates zu installieren. Zum anderen hat der Nutzer vor der Installation Gelegenheit, die neuen Lizenzbestimmungen zu lesen und diese – gegebenenfalls – abzulehnen[47]. Änderungen werden ihm mithin nicht einseitig auferlegt, sondern der Nutzer kann – rein tatsächlich gesehen – eine Einschränkung seiner Nutzungsbefugnisse verhindern, indem er die Verwendung des Updates ablehnt.

Man könnte daher argumentieren, dass somit einseitige Änderungen der Lizenzbestimmungen <u>für das erworbene Produkt</u> (also die ursprüngliche Version der Software) von Microsoft durch Ziff. 8 und 9 nicht denkbar seien. Vielmehr habe der Nutzer die Wahl, das Update zu installieren und damit der Änderung der Vertragsbestimmungen auch für das ursprüngliche Programm zuzustimmen oder dies nicht zu tun und das Update nicht zu verwenden. In letzterem Fall würden die Nutzungsbedingungen auch nicht geändert. Die Änderung kommt also nur mit Einverständnis des Nutzers, basierend auf einer bewussten Entscheidung, zustande.

Hiergegen könnte man jedoch wiederum einwenden, dass diese Sicht die tatsächlichen Umstände verkennt. Faktisch wird der Nutzer um die Installation von Updates in den meisten Fällen nicht herumkommen. Dies zeigt sich an den vorgenannten Sicherheitsupdates. Wird eine Sicherheitslücke bekannt, ist diese schnell Einfallstor für Angriffe auf den PC, sei es durch Viren oder durch Zugriffe auf Dateien o. Ä. Würde bei Bereitstellung des Updates das EULA geändert, müsste der Nutzer also jedenfalls faktisch die neuen Bedingungen akzeptieren, um seinen Rechner abzusichern. Die gleiche Situation tritt bei allen anderen „notwendigen“ Updates (also solche, die nicht allein der Verbesserung des Programms dienen, sondern für dessen bestimmungsgemäße Benutzung von wesentlicher Bedeutung sind) auf, etwa solche, die Programmfehler beseitigen, die zu Abstürzen oder schlimmeren Beeinträchtigungen führen.

---

[47] Der Nutzer wird vor der Installation aufgefordert, die (neuen) Lizenzbestimmungen für das Update zu akzeptieren. Tut er dies nicht, werden diese nicht Vertragsbestandteil, er kann jedoch auch das Update nicht installieren.

Es ist an dieser Stelle nicht möglich, die Frage abschließend zu klären. Ob der Angriff gegen Ziff. 8 und 9 des Office-EULA gelingen kann, ist sicherlich von der Sicht der Gerichte abhängig. Diese kann nur schwer prognostiziert werden.

2.2.1.5 Ziff. 14: Softwareübertragung

... Übertragung an Dritte. Wenn Sie die Person sind, die die Software ursprünglich lizenziert hat, sind Sie berechtigt, dieses EULA, diese Software und (sofern vorhanden) das Certificate of Authenticity (Echtheitszertifikat) einmalig und dauerhaft an einen anderen Endbenutzer zu übertragen, vorausgesetzt, Sie behalten keine Kopien der Software zurück. Diese Übertragung muss alle Bestandteile der Software enthalten (einschließlich aller Komponenten, der Medien und gedruckten Materialien, aller Updates, dieses EULAs und gegebenenfalls des Certificate of Authenticity (Echtheitszertifikat)). Diese Übertragung darf nicht als indirekte Übertragung, beispielsweise als Kommission, erfolgen. Vor der Übertragung muss der Endbenutzer, der die Software erhält, allen Bestimmungen des EULAs zustimmen.

Für die Übertragung und Weiterveräußerung der Software enthält das Office-EULA verschiedene, z. T. erhebliche Einschränkungen. Zwar ist es grundsätzlich erlaubt, das Programm sowohl von einem eigenen auf einen anderen eigenen Rechner zu transferieren als auch, dieses an Dritte weiterzugeben. Letzteres gilt jedoch anscheinend nur eingeschränkt.

Beschränkung der Weiterveräußerungsbefugnis auf den Ersterwerber

Zunächst ist zu einer Weiterveräußerung nach dem Wortlaut anscheinend nur derjenige befugt, der „die Software ursprünglich lizenziert hat". Wäre dies so gemeint, würde späteren Erwerbern die Weiterveräußerung untersagt.

Dabei stellt sich vorrangig die Frage, ob ein solcher Umkehrschluss bei der Auslegung der Klausel aus Sicht des objektiven Empfängerhorizontes nahe liegt. Hiergegen könnte man anführen, dass diese Klausel den Zweiterwerber mangels Vertragsschluss mit diesem gar nicht bindet. Es mag an dieser Stelle dahinstehen, ob eine solche Lesart zu einer abweichenden Beurteilung führen würde (siehe hierzu unten). Jedenfalls aber liegt sie angesichts des Wortlauts nicht nahe (siehe hierzu sogleich).

Man könnte zudem behaupten, die Klausel solle nicht etwa die späteren Erwerber gegenüber dem Ersterwerber benachteiligen, sondern umgekehrt nur den Ersterwerber bestimmten Auflagen bei der Weiterveräußerung unterwerfen (nämlich dass die Weitergabe nur zulässig ist, wenn alle Materialien mit übergeben werden), die Nacherwerber nicht zu erfüllen haben. Die Klausel müsste dann so verstanden werden, dass sie ohnehin nur den Ersterwerber trifft. Die Klausel müsste insofern wie folgt verstanden werden können: „Sind Sie die Person, die die Software ursprünglich lizenziert hat, sind Sie zur Übertragung ... der Software... nur berechtigt, wenn Sie hierbei alle Bestandteile der Software mit übergeben".

Auch für diese Lesart spricht indes wenig. Allenfalls bei erheblichen Kenntnissen über die rechtlichen Umstände könnte man auf die Idee kommen, die Klausel sei so gemeint. Aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts eines durchschnittlichen Software-Erwerbers ist

diese Lesart indes m. E. fern liegend. Der Wortlaut ist kaum als mehrdeutig zu bezeichnen: „Wenn Sie die Person sind, ... sind Sie berechtigt, die Software ... zu übertragen." Im Umkehrschluss wird der durchschnittliche Zweiterwerber dies so verstehen, dass er selbst nicht berechtigt ist, die Software zu übertragen. Selbst wenn man annehmen könnte, dass beide Auslegungen denkbar und der Wortlaut insoweit uneindeutig ist[48], müsste die Klausel auch in der für den Kunden negativeren Lesart der Inhaltskontrolle standhalten. Dies gilt umso mehr im Verbandsprozess nach § 1 UKlaG, in dem stets von der kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen ist[49].

Vor diesem Hintergrund steht die Klausel Nr. 14 zumindest im Verhältnis zu etwaigen Zweiterwerbern der Software im Widerspruch zum Erschöpfungsgrundsatz. Der Zweiterwerber soll durch das EULA ebenso gebunden werden wie der Ersterwerber. So heißt es in der Präambel:

„*INDEM SIE DIE SOFTWARE INSTALLIEREN, KOPIEREN ODER VERWENDEN, ERKLÄREN SIE SICH DAMIT EINVERSTANDEN, DURCH DIE BESTIMMUNGEN DIESES EULAS GEBUNDEN ZU SEIN. FALLS SIE SICH DAMIT NICHT EINVERSTANDEN ERKLÄREN, SIND SIE NICHT BERECHTIGT, DIE SOFTWARE ZU INSTALLIEREN, ZU KOPIEREN ODER ZU VERWENDEN.*"

Für die Nacherwerber ordnet Ziff. 14 a. E. zusätzlich an, dass diese vor der Übertragung allen Bestimmungen des EULA zustimmen müssen. Die Lizenzbestimmungen für die Software richten sich mithin eindeutig an jeden Nutzer, gleich ob es sich um den ersten oder einen späteren Erwerber handelt. Ob mit den späteren Erwerbern überhaupt wirksame Verträge mit Microsoft zustande kommen, ist für die Auslegung der Klausel mithin unerheblich. Die Klausel ist vielmehr jedenfalls auch aus Sicht späterer Erwerber einer Inhaltskontrolle zu unterziehen.

Gegen eine unzulässige Einschränkung dessen Veräußerungsfreiheit lässt sich m. E. nicht der Einwand anführen, dass es für den Zweiterwerber theoretisch möglich bleibt, das Programm weiterzuveräußern, ohne sich gegenüber Microsoft (oder dem Veräußerer) vertragsbrüchig zu machen. Zwar hat er immerhin die Wahl, das Programm zu erwerben, den Lizenzbestimmungen aber nicht zuzustimmen. In einem solchen Fall würde die Folge der Ziff. 14 den Zweiterwerber auch nicht treffen, und er könnte das Programm weiterveräußern, ohne gegen die hierin bestimmte Untersagung zu verstoßen. Allerdings kann er das Programm dann auch nicht verwenden, sondern allenfalls ungenutzt weiterverkaufen, was wiederum der dem Eigentümer zustehenden Verwendungsfreiheit widerspräche.

Auch der denkbare Einwand, dass die EULA im Falle des Zweiterwerbs nicht zum Gegenstand eines Vertrages zwischen Microsoft und dem Erwerber, sondern in den Kaufvertrag zwischen Erst- und Zweiterwerber einbezogen werden, kann vor diesem Hintergrund m. E. nicht überzeugen. Zwar sprächen hierfür die (vertrags-)rechtlichen Verhältnisse, da nach der wohl h. M. beim Software-Vertrieb über einen Händler nur ein Vertrag zwischen dem Händler und dem Erwerber, nicht aber ein (weiterer) Vertrag zwischen Hersteller und Erwerber zustande kommt[50]. Das könnte aus urheberrechtlicher

---

48 Etwa unter der Annahme, dass ein solcher Umkehrschluss nicht zwingend geboten sei.

49 Ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. NJW 1999, 276/277; NJW 2003, 1237/1238 sowie Palandt-Heinrichs, § 305c, Rn. 19.

50 S. o., Fn. 2.

Sicht bedeuten, dass der Ersterwerber (bzw. der Händler) die Nutzungsrechte aus dem EULA selbst an den Zweiterwerber weiterüberträgt[51]. Demgemäß könnte man argumentieren, dass im Falle eines Zweiterwerbs nicht der Hersteller (Microsoft) Verwender des EULA sei, sondern vielmehr der Ersterwerber. Würde diese Argumentation durchgreifen, wäre Microsoft für einen Anspruch nach § 1 UKlaG nicht passivlegitimiert.

Neben der eindeutigen Einbeziehungspraxis von Microsoft, die in der Präambel hervorgehoben wird, spricht gegen die vorgenannte Argumentation die Interessenlage beim Verkauf „gebrauchter Software". Denn der Ersterwerber hat kein eigenes Interesse an der Verwendung der AGB von Microsoft, genauer daran, dem Nacherwerber Rechte und Pflichten aus dem EULA aufzuerlegen, außer dass er zur Verwendung des EULA beim Weiterverkauf verpflichtet ist. Auch bestehen die hierin geregelten (Unterlassungs-)Pflichten nicht etwa ihm gegenüber. Unabhängig von der Frage, ob das EULA bei einem Zweiterwerb wirksam einbezogen wird, kann dies mithin nicht dem Anwender zugerechnet werden, der sein Programm an einen Dritten weiterverkauft[52].

Selbst wenn man jedoch davon ausgehen müsste, dass bei einem Zweiterwerb nicht Microsoft, sondern der Ersterwerber Verwender der AGB wäre, würde dies m. E. zur Unwirksamkeit der Klausel führen. Denn dann wäre der Ersterwerber in seinen Befugnissen, die Software weiterzuübertragen, erheblich eingeschränkt. Durch die Lizenzbestimmungen würde ihm auferlegt, seinem eigenen Vertrag Bestimmungen zugrunde zu legen, an denen er weder ein Interesse hat und die überdies rechtswidrig sind. Denn er würde gezwungen, dem Zweiterwerber die Weiterveräußerung zu untersagen, will er sich nicht gegenüber Microsoft vertragsbrüchig machen[53].

Diese Beschränkung in der Weiterveräußerungsfreiheit des Ersterwerbers scheint aus Sicht der eigentums- bzw. kaufvertragsrechtlichen Grundsätze für die Beurteilung der Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB ebenfalls erheblich.

---

[51] Dafür, dass Microsoft selbst von einer solchen Lizenzkette ausgeht, scheint wiederum Ziff. 14 zu sprechen, nach der die Software erst weiterverkauft werden darf, wenn der Zweiterwerber den Lizenzbestimmungen zustimmt. Eindeutig ist dies indes nicht, da das Office-EULA hinsichtlich der Lizenzkette keine präzisen Bestimmungen enthält. Es ist hier weder klar bestimmt, dass die Nutzungsrechte, die hierdurch dem Erwerber übertragen werden, nicht weiterübertragen werden können, noch, dass der Anwender die Nutzungsrechte stets von Microsoft selbst erhält. Ziff. 14 besagt nur, dass der (erste) Nutzer „dieses EULA, diese Software ... einem Dritten übertragen" darf. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass Microsoft mit der Klausel ausdrücken will, dass der Anwender seine Rechte auf einen Dritten übertragen darf („Sie dürfen dieses EULA ... übertragen"). Hierfür spricht auch die etwas anders lautende Formulierung in dem XP-EULA (siehe hierzu unten, Punkt 2.1.2.2.1), in dem bestimmt ist, dass der Nutzer „die Rechte aus diesem EULA dauerhaft übertragen darf". Aus welchen Gründen man sich unterschiedlicher Formulierung bedient, ist nicht ersichtlich, jedoch wird man wohl von einer einheitlichen Grundstrategie in Bezug auf die Lizenzkette ausgehen können.

[52] Insofern spricht einiges dafür, dass der Ersterwerber beim Weiterverkauf nach dem Willen des Herstellers (der sich in Ziff. 14 des Office-EULAs ausdrückt) als Bote für oder Vertreter von Microsoft tätig werden soll, der die Willenserklärung des Herstellers übermittelt, ohne hierbei über eine eigene Gestaltungsmacht zu verfügen. Derartige Klauseln sind nach Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 465 gegenüber dem (Zweit-)Erwerber unwirksam, da sie gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstoßen.

[53] Entweder er macht sich gegenüber Microsoft vertragsbrüchig, indem er das EULA in seinen Vertrag mit dem Abnehmer nicht oder nicht vollständig einbezieht, oder er verwendet dieses wie vorgeschrieben und verwendet somit rechtswidrige allgemeine Geschäftsbedingungen (und kann entsprechend gem. § 1 UKlaG in Anspruch genommen werden).

Letztlich können die vorstehenden Erwägungen, die evtl. für die Zulässigkeit der Klausel vorgebracht werden könnten, schon von daher nicht überzeugen, als die Empfänger derselben derartige Erwägungen nicht anstellen. Aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts sowohl des Erst- als auch des Zweiterwerbers besagt die Klausel m. E., dass nur die Erstgenannten das Programm weiterveräußern dürfen. Es wird also zumindest der Eindruck eines den Zweiterwerber bindenden Weiterveräußerungsverbots vermittelt. Vor diesem Hintergrund können Beweggründe des Unternehmens oder komplizierte rechtliche Erwägungen, die sich dem Wortlaut unmittelbar nicht entnehmen lassen, kaum in die Beurteilung der Klausel einfließen.

Nach alledem sprechen die mit der Klausel scheinbar herbeigeführten Einschränkungen der Verkehrsfähigkeit und der Verfügungsmöglichkeiten über das Werkexemplar erheblich dafür, die Klausel gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB für unwirksam anzusehen. Aus urheberrechtlicher Sicht ergibt sich dies aus der unzulässigen Beschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes, die zumindest im Verhältnis zu Zweiterwerbern einer solchen Software suggeriert wird. Aus eigentumsrechtlicher/kaufrechtlicher Sicht ergeben sich gute Gründe, eine Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch im Verhältnis zum Ersterwerber zu sehen, da dieser im Umgang mit der erworbenen Software nicht unerheblich eingeschränkt wird.

Pflicht zur Weitergabe aller Komponenten

Auch die Vorgabe, dass der Anwender bei der Übertragung alle Bestandteile der Software einschließlich „aller Komponenten, der Medien und gedruckten Materialien, aller Updates, dieses EULAs und gegebenenfalls des Certificate of Authenticity (Echtheitszertifikat)“ mitübergeben muss, begegnet rechtlichen Bedenken.

Wieder sind verschiedene Lesarten der Klausel denkbar. Man könnte diese so auslegen, dass der Nutzer lediglich alle ihm (noch) zur Verfügung stehenden Bestandteile auf den Erwerber übertragen muss. Hat er einzelne Dokumente etwa verloren, würde dies die Übertragung also nicht hindern. Das Interesse des Anbieters an einer solchen Klausel könnte man damit begründen, dass nur jeweils eine Person zur Nutzung eines Programmpakets mit allen Bestandteilen berechtigt sein soll.

Legt man jedoch eine – nicht minder nahe liegende – kundenfeindlichere Auslegung zugrunde, bedeutet die Klausel, dass der Nutzer die Software gar nicht mehr verkaufen darf, wenn ihm einzelne Bestandteile, etwa das Handbuch oder das Echtheitszertifikat, nicht mehr zur Verfügung stehen. Auch bei Zugrundelegung eines solchen Verständnisses hätte der Anbieter an der Klausel ein erhebliches Interesse. Dies würde dahingehen, dass der Handel mit raubkopierter Software unterbunden werden soll.

Für die letztgenannte Auslegung spricht v. a. zudem der Wortlaut, der nicht etwa lautet: „bei der Übertragung müssen alle Bestandteile der Software, die Sie in Ihrem Besitz haben ... übergeben werden“ oder Ähnliches. Vielmehr heißt es, dass alle Bestandteile, unabhängig davon, ob der Anwender diese (noch) besitzt oder nicht, übergeben werden müssen. Vor dem Hintergrund, dass v. a. in Verbandsprozessen stets von der „kundenfeindlichsten“ Auslegung auszugehen ist, wäre eben diese Lesart im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 UrhG relevant.

Der Erwerber kann durch die Klausel in seiner Verfügungsfreiheit mit dem rechtmäßig erworbenen Programm u. U. erheblich eingeschränkt werden. Denn ist er nicht mehr im

Besitz etwa des Handbuchs oder des Echtheitszertifikats, darf er hiernach auch das Programm (das den eigentlichen Wert ausmacht) nicht mehr verkaufen. Zwar mag man vom Nutzer zumindest hochwertiger Software verlangen können, dass er zugunsten der Interessen des Rechtsinhabers gewisse Beschränkungen seiner Verfügungsfreiheit hinzunehmen und Sorgfaltspflichten einzuhalten hat[54]. Indes geht die Klausel (in ihrer kundenfeindlichen Auslegung) angesichts ihrer scheinbar unbegrenzten Reichweite m. E. über dieses schutzwürdige Interesse weit hinaus und führt damit zu einer unangemessenen Benachteiligung der Interessen des Nutzers. So mag es noch angemessen erscheinen, zum Zwecke der Verhinderung eines Handels mit Raubkopien, den Nutzer zur Übergabe des nur schwer zu fälschenden Echtheitszertifikates zu verpflichten. Ihn darüber hinaus jedoch auch zur Übergabe „aller Komponenten und ... gedruckten Materialien“ – was z. B. auch Kurzinformationen zur Installation o. Ä. beinhalten kann – zu verpflichten, erscheint unangemessen. Zum einen hat der Anbieter an der Weitergabe solcher Materialien schon kein erhebliches schutzwürdiges Interesse. Zum anderen werden solche Materialien mangels ersichtlicher Bedeutung für den Nutzer häufig verlegt oder weggeworfen werden.

Eine derartige Pflicht der Nutzers, die mit Einschränkungen hinsichtlich seiner Veräußerungsfreiheit einhergeht, erscheint mithin nicht gerechtfertigt und ist m. E. nach § 307 Abs. 1, Nr. 1 i. V. m. § 69c Nr. 3 UrhG unwirksam.

Diese Unwirksamkeit dürfte – angesichts des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion – sich auf die ganze Klausel erstrecken (also auch das Weitergabeverbot für Zweiterwerber). Denn die Pflicht zur Weitergabe der Komponenten kann von den anderen Pflichten aus Ziff. 14 kaum getrennt betrachtet werden.

2.2.2 Standard-EULA für Microsoft Windows XP Home Edition

Das MS-Standard-EULA für Windows (nachfolgend: XP-EULA) ist hinsichtlich des Umfangs der eingeräumten Rechte (noch) strenger als das Office-EULA. Das Betriebssystem darf gem. Ziff. 1 nur auf einem Computer installiert und verwendet werden (also nicht auf einem zusätzlichen tragbaren Computer). Die Software darf auch nicht auf Computern mit Multiprozessoren eingesetzt werden.

2.2.2.1 Ziff. 1 Abs. 2: Übertragung der Software

„Sie sind berechtigt, alle Ihre Rechte aus diesem EULA dauerhaft zu übertragen, vorausgesetzt, Sie behalten keine Kopien zurück, Sie übertragen die SOFTWARE (einschließlich aller Komponenten, der Medien, aller Updates, dieses EULAs und des Certificate of Authenticity (Echtheitszertifikat)), und der/die Empfänger/in stimmt den Bestimmungen dieses EULAs zu. Sofern die SOFTWARE ein Update ist, muss jede Übertragung auch alle früheren Versionen der SOFTWARE umfassen.“

---

[54] Für eine Unterscheidung von hochwertiger (hier: ab 100 €) und „Low-Cost-Software“ bei der Abwägung der Interessen im Rahmen einer Inhaltskontrolle spricht sich Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1069 ff. aus.

Die Übertragungsklausel des XP-EULA unterscheidet sich in einigen Punkten von derjenigen des Office-EULA. Anders als dort wird hier zunächst eindeutig die Übertragbarkeit der Rechte durch den Nutzer für zulässig erklärt. Die Lizenzkette verläuft bei einem Wiederverkauf mithin eindeutig vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber.

Bemerkenswert ist zudem vor allem, dass die in dem Office-EULA befindliche – implizite – Beschränkung des Weiterveräußerungsrechts auf die „Person, die die Software ursprünglich lizenziert hat“[55] in dem XP-EULA nicht enthalten ist. Das XP-EULA enthält keine persönlichen Beschränkungen des Weiterveräußerungsrechts.

Wie in dem Office-EULA findet sich in dem XP-EULA indes eine Verpflichtung des Anwenders, bei einer Weiterveräußerung die Software einschließlich „aller Komponenten, der Medien, aller Updates, dieses EULAs und des Certificate of Authenticity (Echtheitszertifikat)“ zu übertragen. Diese Regelung ist scheinbar enger gefasst als das Äquivalent in dem Office-EULA. Denn hierin ist nicht bestimmt, dass auch „alle gedruckten Materialien“ übergeben werden müssen.

Ob hierin ein für die Inhaltskontrolle der Klausel maßgeblicher Unterschied liegt, ist jedoch zweifelhaft. Denn auch das XP-EULA verpflichtet den Nutzer, bei einer Weiterveräußerung die Software „einschließlich aller Komponenten“ zu übergeben. Zunächst ist diese Formulierung bereits hinsichtlich des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB fragwürdig, da dem Nutzer häufig gar nicht klar sein wird, was hiermit im Einzelnen gemeint ist. Zudem kann diese Formulierung durchaus auch „alle gedruckten Materialien“ erfassen. Ob diese hiervon erfasst sind oder nicht, kann der Nutzer nicht erkennen. Da er einen detaillierten Vergleich mit den anderslautenden Office-EULA nicht anstellen wird, wird der Eindruck, diese seien hier absichtlich nicht aufgeführt und daher wohl nicht erfasst, nicht entstehen.

Daher wird man annehmen können, dass auch diese Klausel in ihrer Gesamtheit (s. o.) gem. § 307 Abs. 1, Nr. 1 i. V. m. § 69c Nr. 3 UrhG und zudem u. U. gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist. Zur Begründung wird auf oben, Punkt 2.1.2.1.3, verwiesen.

2.2.2.2 Ziff. 1 Abs. 3: Obligatorische Aktivierung

„Diese SOFTWARE enthält technologische Maßnahmen, die eine nicht lizenzierte oder illegale Verwendung der SOFTWARE verhindern sollen. Die in diesem EULA gewährten Lizenzrechte sind auf die ersten dreißig (30) Tage nach Ihrer ersten Nutzung der Software beschränkt, es sei denn, Sie stellen Informationen bereit, die für die Aktivierung Ihrer lizenzierten Kopie auf die während der Setupsequenz beschriebene Weise erforderlich sind (es sei denn, der Hersteller hat die Aktivierung für Sie vorgenommen). Sie können die SOFTWARE über Internet oder Telefon aktivieren; hierbei fallen möglicherweise Verbindungsgebühren an. Außerdem müssen Sie die SOFTWARE möglicherweise reaktivieren, falls Sie Ihre Hardware oder die SOFTWARE ändern. MS, Microsoft Corporation und deren Niederlassungen verwenden diese Maßnahmen, um zu bestätigen, dass Sie eine legal lizenzierte Kopie der SOFTWARE haben. Wenn Sie keine lizenzierte Kopie der SOFTWARE verwenden, sind Sie nicht berechtigt, die SOFTWARE oder

---

[55] Siehe hierzu oben, Punkt 2.1.2.1.5.1.

zukünftige Updates der SOFTWARE zu installieren. MS, Microsoft Corporation und deren Niederlassungen erfassen bei diesem Vorgang keine persönlichen Informationen von Ihrem Computer.“

Wenn auch der Wortlaut der Aktivierungs-Klausel von dem Office-EULA etwas abweicht, gleichen sich diese jedoch in Bezug auf den hier prüfungsrelevanten Inhalt. Insofern kann auf die Ausführungen oben, Punkt 2.1.2.1.1, verwiesen werden.

2.2.2.3 Ziff. 2 Abs. 6: Verleihverbot

„*Sofern in diesem EULA oder durch das örtliche Recht nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist, sind Sie nicht berechtigt, anderweitig Kopien der SOFTWARE, einschließlich der der SOFTWARE beiliegenden gedruckten Materialien, anzufertigen. Sie sind nicht berechtigt, die CD oder die Sicherungskopie an einen anderen Benutzer zu verleihen, zu vermieten, zu verleasen oder anderweitig zu übertragen*.“

Das Verleihverbot in Ziff. 2 Abs. 6 – das sich etwas missverständlich auf „die CD“, gemeint ist wohl das Programm – bezieht, entspricht inhaltlich der Regelung in den Office-EULA. Insoweit kann bezüglich der rechtlichen Einschätzung auf die Ausführungen oben, Punkt 2.1.2.1.3, verwiesen werden.

Sollte sich die salvatorische Klausel des ersten zitierten Satzes der Klausel auch auf den Satz beziehen, der das Verleihverbot regelt (was wohl nicht anzunehmen ist), würde dies gem. der Ausführungen in Punkt 2.1.2.1.2.2 an der Unwirksamkeit der Klausel nichts ändern. Auch insoweit soll hier nach oben verwiesen werden.

2.2.2.4 Ziff. 2 Abs. 7: Einschränkungen im Hinblick auf Zurückentwicklung (Reverse Engineering), Dekompilierung und Disassemblierung

„Sie sind nicht berechtigt, die SOFTWARE zurückzuentwickeln, zu dekompilieren oder zu disassemblieren, es sei denn, dass (und nur insoweit) es das anwendbare Recht ungeachtet dieser Einschränkung ausdrücklich gestattet.“

Ziff. 2 Abs. 7 des XP-EULA unterscheidet sich inhaltlich nicht von deren Äquivalent in den Office-EULA. Auf die Ausführungen oben, Punkt 2.1.2.1.2, kann mithin verwiesen werden.

2.2.2.5 Ziff. 3: Updates

„*Sofern die SOFTWARE als Update gekennzeichnet ist, müssen Sie zur Verwendung der SOFTWARE über die entsprechende Lizenz für ein Produkt verfügen, das von MS oder Microsoft Corporation als für das Update geeignet bezeichnet wird ("geeignetes Produkt"). SOFTWARE, die als Update gekennzeichnet ist, ersetzt und/oder ergänzt das geeignete Produkt (und deaktiviert es möglicherweise beim Aktualisieren eines Microsoft-Softwareprodukts).* ***Nach dem Update sind Sie nicht mehr zur Verwendung der***

SOFTWARE, die Ihr Ausgangsprodukt war, berechtigt (falls nichts anderes bestimmt ist). Sie dürfen das entstehende geupdatete Produkt nur in Übereinstimmung mit den Bestimmungen dieses EULAs verwenden. *Wenn die SOFTWARE ein Update einer Komponente eines Softwareprogrammpakets ist, das Sie als einheitliches Produkt lizenziert haben, darf die SOFTWARE nur als Teil dieses einheitlichen Produktpakets verwendet und übertragen und nicht zur Verwendung auf mehr als einem Computer getrennt werden.*"

Die Update-Vorschrift in Ziff. 3 des XP-EULA unterscheidet sich wiederum in dem wesentlichen Aspekt von den entsprechenden Bestimmungen in dem Office-EULA. Zwar ist auch hier geregelt, dass die upgedatete Software nach den Bestimmungen des EULA genutzt werden muss. Anders als in den Office-Lizenzbestimmungen fehlt hier jedoch die Einschränkung: „es sei denn, ihnen liegen gesonderte Bestimmungen bei", aus der man nach obigen Ausführungen einen versteckten Änderungsvorbehalt entnehmen kann. Vor diesem Hintergrund sind Umstände, aufgrund deren die Klausel zu beanstanden wäre, nicht ersichtlich[56].

2.2.2.6 Ziff. 3: Haftungsbeschränkung

„Der Hersteller haftet in Fällen von Vorsatz, grober Fahrlässigkeit, bei Verletzung von Leib oder Leben sowie bei Ansprüchen nach dem Produkthaftungsgesetz nach den gesetzlichen Vorschriften. Eine weitergehende Haftung des Herstellers besteht nicht. Dies gilt für alle Haftungstatbestände einschließlich unerlaubter Handlung."

Die Haftungsregelung in Ziff. 3 unterscheidet sich v. a. in einem Punkt von derjenigen in Ziff. 18 des Office-EULA. Die folgende Regelung fehlt:

„Microsoft haftet nicht für leichte Fahrlässigkeit. Wenn Sie die Software jedoch in Deutschland erworben haben, haftet Microsoft auch für leichte Fahrlässigkeit, wenn Microsoft eine wesentliche Vertragspflicht verletzt. In diesen Fällen ist die Haftung von Microsoft auf typische und vorhersehbare Schäden beschränkt."

In Ziff. 3 des XP-EULA wird die Haftung für leichte Fahrlässigkeit – unabhängig vom Haftungsgrund – vollständig ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam, soweit er sich auch auf Verletzungen wesentlicher Vertragspflichten erstreckt (sog. „Kardinalpflichten")[57]. Dies scheint hier der Fall zu sein.

---

[56] Nicht eindeutig ist indes, wie sich Ziff. 3 zu Ziff. 2 im Punkt „Zusätzliche Software/Dienste verhält. Während es in Ziff. 3 heißt, dass upgedatete Versionen nur unter den Bestimmungen „dieses EULAs" genutzt werden dürfen, besagt Ziff. 3: „*Microsoft-Updates, Ergänzungen, Add-On-Komponenten oder Komponenten internetbasierter Dienste der SOFTWARE ("ergänzende Komponenten"), die der Hersteller, MS, Microsoft Corporation oder deren Niederlassungen Ihnen möglicherweise bereitstellt oder verfügbar macht, nachdem Sie Ihre ursprüngliche Kopie der SOFTWARE erhalten haben, sofern mit solchen ergänzenden Komponenten nicht andere Bestimmungen geliefert werden*". Würde diese Klausel auch auf Updates der Systemsoftware gelten, wäre es Microsoft möglich, dem Nutzer in diesem Zuge geänderte Lizenzbestimmungen aufzugeben. Ob dies so gemeint ist, wird aus Wortlaut und Systematik des XP-EULAs nicht ganz deutlich. Bei einer solchen Lesart würden die Ausführungen oben, Punkt 2.1.2.1.4, entsprechend gelten.

[57] So die ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 89, 367; 93, 48; BGH NJW 1993, 335; NJW-RR 1993, 561/562. Siehe auch Palandt-Heinrichs, § 307, Rn. 35.

2.3 Die Nutzungsbedingungen von Symantec

Die Firma Symantec[58] stellt Computertools her. Diese – v. a. Virusschutz- und Firewall-Programme – finden sich in den Ranglisten der meistverkauften Software regelmäßig unter den „Top Ten“[59]. Dies gilt aktuell u. a. für die Programme „Norton AntiVirus 2005“ (nachfolgend: NAV) und „Norton Internet Security 2005“ (nachfolgend: NIS). Angesichts des Umstandes, dass die Lizenzbestimmungen für beide Programme identisch sind, werden diese im Folgenden gemeinsam untersucht. Die Ausführungen gelten daher sowohl für die Lizenzbestimmungen von NAV als auch von NIS.

2.3.1 Nutzungsbefugnisse bei Symantec-Produkten

Die Programme dürfen auf einem Rechner installiert und auch in einem Netzwerk eingesetzt werden (Ziff. 1 A – bei den Rechten). Sicherheitskopien (hier „Archivkopien“ genannt) sind ausdrücklich gestattet.[60]

2.3.2 Ziff. 1.D. (der Berechtigungs-Klauseln): Übertragung der Software

„Sie sind berechtigt:

*D. **nach schriftlicher Benachrichtigung an Symantec** die Software dauerhaft einem Dritten zu überlassen, vorausgesetzt, dass Sie alle Kopien der Software und der Begleitdokumentation übergeben und der, Empfänger der Software sich mit den Bestimmungen dieser Lizenzvereinbarung einverstanden erklärt.“*

Die Klausel ist den oben untersuchten Microsoft-Klauseln in mancher Hinsicht ähnlich. Sie unterscheidet sich von diesen allerdings insoweit, als der Nutzer verpflichtet wird, Symantec vor einer Weiterübertragung schriftlich zu benachrichtigen.

Ob solche Informations- oder Auskunfts-Klauseln zulässig sind, wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt. Nach einer Ansicht sollen diese mit § 307 BGB generell vereinbar sein[61]. Hierin liege keine unangemessene Benachteiligung des Kunden, da der Aufwand gering sei und der Hersteller zwecks Schutzes vor Raubkopien ein erhebliches Interesse daran habe, den Verbleib seiner Programme nachvollziehen zu können.

Ob diese Ansicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden kann, ist indes fraglich. Denn sie bezieht sich auf Klauseln, nach denen der Anwender dem Hersteller vor Weiterübertragung Anschrift und Name des Erwerbers mitteilen muss. Nur in solchen

---

[58] Die deutsche Niederlassung firmiert unter: Symantec (Deutschland) GmbH, Lise-Meitner-Str. 9, 85737 Ismaning, Tel.: 089-9458-3000, Fax: 089-9458-3040.

[59] Laut Rangliste der Computer Bild (Ausgabe 21/2005) standen im Oktober 2005 die Symantec-Programme „Internet Security 2005“ und „Norton AntiVirus 2005“ in den deutschen Verkaufscharts auf den Plätzen 4 und 5.

[60] In den MS-Lizenzbestimmungen fehlen indes jegliche Bestimmungen über die Anfertigung von Sicherungskopien. Insoweit wird es dort auf die gesetzliche Regelung ankommen, vgl. § 69d Abs. 2 UrhG.

[61] Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rn. 279; differenzierend Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rn. S 143 - zulässig, soweit der hiermit für den Kunden verbundene Aufwand zumutbar ist.

Fällen greift die Begründung mit dem legitimen Interesse des Herstellers, über den Verbleib seiner Programme unterrichtet zu sein.

Aus den Lizenzbestimmungen von Symantec ergibt sich eine solche Pflicht jedenfalls nicht explizit. Hier ist nur von einer „Benachrichtigung“ die Rede. Insofern ist ersichtlich weder gefordert, dass Symantec der Übertragung der Weiterveräußerung zuvor zustimmt, noch, dass man Name und Anschrift des Erwerbers mitteilt. Sinn und Zweck der Regelung bleibt damit weitgehend im Dunkeln.

Diese augenscheinliche Sinnlosigkeit der Klausel lässt (weitere) Zweifel an ihrer Zulässigkeit aufkommen. Ohne erkennbaren Nutzen für den Hersteller[62] wird der Nutzer verpflichtet, einen Brief (gefordert ist eine schriftliche Mitteilung!) an den Hersteller zu schicken. Die Anschrift ist ausweislich Ziff. 7 in Irland. Mit der Nachricht kann damit ein nicht unerheblicher Aufwand einhergehen, zumal aus Sicht des Empfängerhorizonts nicht auszuschließen ist, dass ein solcher Brief in englischer Sprache abgefasst werden soll. Vor diesem Hintergrund ist denkbar, dass auch die zitierte Ansicht zu dem Ergebnis käme und die Klausel gem. § 307 Abs. 1, Satz 1 BGB als unangemessene Benachteiligung des Kunden einstufen würde.

Zu diesem Ergebnis kommt man auch, wenn man der abweichenden, differenzierenden Ansicht folgt. Hiernach sollen Informations-Klauseln, aufgrund deren der Nutzer Name und Anschrift des Erwerbers bei einer Weiterveräußerung mitteilen muss, nur zulässig sein, wenn es sich um Software mit einem gewissen Anschaffungspreis handelt[63]. Bei sog. Low-Cost-Software, die für Verkaufspreise unter 100 € im Handel vertrieben wird, sollen derartige Bestimmungen den Kunden indes unangemessen benachteiligen, da Aufwand und Kosten für die Mitteilung außer Verhältnis zu dem (erzielbaren) Weiterverkaufspreis stünden. Hierunter würden auch NAV und NIS fallen. Die Recherche hat ergeben, dass die Produkte einen offiziellen Abgabepreis von € 44,95 (NAV) bzw. € 69,95 (NIS) haben[64]. Auch diese Ansicht wird im Übrigen – soweit derartige Klauseln bei hochwertiger Software für zulässig gehalten werden – damit begründet, dass der Hersteller ein bedeutendes Interesse daran habe, den Verbleib seiner Software zu kennen. Ist die Angabe des neuen Besitzers – wie hier – jedoch gar nicht gefordert und die Klausel damit für den Hersteller ersichtlich sinnlos, würde dies umso mehr – zumal bei Low-Cost-Software – für eine Unwirksamkeit der Klausel sprechen.

Hinzu kommt, dass die Wirksamkeit der Klausel auch angesichts des Transparenzgebotes fraglich erscheint. AGB müssen hiernach so ausgestaltet sein, dass der Kunde ohne weiteres seine (Rechte und) Pflichten erkennen kann. Da die Klausel jedoch nicht näher bestimmt, welchen Inhalts die Benachrichtigung sein soll bzw. in welcher Sprache diese abgefasst werden muss, dürfte die Klausel auch gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstoßen.

---

[62] Hat der Nutzer die Software im Laden gekauft, weiß der Hersteller im Zweifel nicht, wer die Software zunächst erworben hat. Wendet sich nun der Ersterwerber mit einer formlosen Mitteilung an die Firma und teilt (u. U. ohne den Absender anzugeben) mit: „Ich werde mein Programm verkaufen“, genügt er damit den Lizenzbestimmungen, ohne dass ein Sinn dieser Mitteilung erkennbar wäre.

[63] Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1257 f.

[64] Recherchiert am 16. November 2005 im Symantec Online-Store, vgl. http://www.symantecstore.com/dr/sat5/ec_Main.Entry?SP=10007&SID=27679&CID=195108&CUR=978&DSP=0&PGRP=0&ABCODE=&CACHE_ID=34384000019510800002OO363.

2.3.3 Ziff. 1.B. (der Verbots-Klauseln): Verleihverbot und Dekompilierungsverbot

„Sie sind nicht berechtigt:

*B. einen beliebigen Teil der Software zu **verleihen**, zu vermieten oder Unterlizenzen zu vergeben, **zurückzuentwickeln (reverse engineering), zu dekompilieren, zu disassemblieren**, zu ändern, zu übersetzen oder zu versuchen, den Quellcode der Software zugänglich zu machen oder abgeleitete Produkte der Software zu erstellen."*

Diese Klausel vereint Verbote, die sich inhaltsgleich auch aus den Microsoft-EULA ergeben. Sie ist daher entsprechend der obigen Ausführungen gem. § 307 BGB insgesamt unwirksam[65].

So ist das Verleihverbot aufgrund eines Verstoßes gegen den Erschöpfungsgrundsatz gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel rechtswidrig[66]. Das Dekompilierungsverbot verstößt zudem gegen die §§ 69e, 69g Abs. 2 UrhG[67].

2.3.4 Ziff. 4 und 5: Haftungsbeschränkungen

„4. Haftungsbeschränkungen

Symantec gewährleistet für sechzig (60) Tage ab dem Datum der Aushändigung der Software an den Empfänger, dass das Medium, auf dem die Software ausgeliefert wird, keine Material- und/oder Herstellungsmängel aufweist. Im Falle, dass das gelieferte Produkt dieser Garantie nicht genügt, besteht Ihr alleiniger Anspruch nach Ermessen von Symantec entweder im Ersatz des zusammen mit einem Kaufnachweis innerhalb der Garantiezeit an Symantec zurückgegebenen fehlerhaften Produkts oder in der Erstattung des bezahlten Kaufpreises. Symantec gewährleistet nicht, dass die Software Ihren Anforderungen entspricht, die Verwendung der Software unterbrechungsfrei und die Software fehlerfrei ist.

DIESE EINGESCHRÄNKTE GARANTIE IST AUSSCHLIESSLICH UND GILT ANSTELLE ALLER ANDEREN, AUSDRÜCKLICHEN UND STILLSCHWEIGENDEN GARANTIEN, EINSCHLIEßLICH DER STILLSCHWEIGENDEN GARANTIE DER VERKÄUFLICHKEIT, DER EIGNUNG FÜR EINEN BESTIMMTEN ZWECK UND DER NICHTÜBERTRETUNG VON RECHTEN AN INTELLEKTUELLEM EIGENTUM. DIESE GARANTIE GIBT IHNEN BESTIMMTE GESETZLICHE RECHTE. JE NACH LAND ODER STAAT KÖNNEN SIE WEITERE ODER ANDERE RECHTE HABEN.

5. Haftungsausschluss:

EINIGE LÄNDER EINSCHLIEßLICH DER MITGLIEDSSTAATEN DER EUROPÄISCHEN UNION GESTATTEN WEDER DIE EINSCHRÄNKUNG NOCH DEN AUSSCHLUSS DER HAFTUNG FÜR NEBEN- ODER FOLGESCHÄDEN. DAHER FINDET UNTEN GENANNTE KLAUSEL FÜR SIE MÖGLICHERWEISE KEINE ANWENDUNG. SOWEIT DIES DIE GELTENDEN GESETZE ZULASSEN UND UNABHÄNGIG DAVON, OB EINES

---

[65] Dies ergibt sich aus dem „Verbot der geltungserhaltenden Reduktion", vgl. Palandt-Heinrichs, vor § 307, Rn. 8.

[66] Siehe oben, Punkt 2.1.2.1.3.

[67] Siehe eingehend oben, Punkt 2.1.2.1.2.

DER HIERIN DARGELEGTEN RECHTSMITTEL SEINEN WESENTLICHEN ZWECK NICHT ERFÜLLT, SIND SYMANTEC ODER IHRE LIZENZGEBER IN KEINEM FALLE ERSATZPFLICHTIG FÜR IRGENDWELCHE INDIREKTEN, FOLGE- ODER ÄHNLICHEN SCHÄDEN (EINGESCHLOSSEN SIND SCHÄDEN AUS ENTGANGENEM GEWINN ODER VERLUST VON DATEN), DIE DURCH DIE BENUTZUNG DER SOFTWARE ODER DIE UNFÄHIGKEIT, DIE SOFTWARE ZU VERWENDEN, ENTSTEHEN, SELBST WENN SYMANTEC VON DER MÖGLICHKEIT SOLCHER SCHÄDEN UNTERRICHTET WORDEN IST. IN JEDEM FALLE IST DIE HAFTUNG VON SYMANTEC ODER IHREN LIZENZGEBERN AUF DEN FÜR DIE, SOFTWARE BEZAHLTEN KAUFPREIS BESCHRÄNKT. Der oben dargelegte Ausschluss und die Beschränkung sind unabhängig von Ihrer Annahme der Software.“

2.3.4.1 Zu Ziff. 4

Ziff. 4 begegnet verschiedenen rechtlichen Bedenken. Zunächst ist die Bestimmung äußerst unklar formuliert. Sie wird überschrieben mit „Haftungsbeschränkung“. Hieran schließen sich zunächst Regelungen über eine „Garantie“ des Herstellers für 60 Tage an, die später als „eingeschränkte Garantie“ bezeichnet wird. In einer weiteren Formulierung findet sich eine Beschränkung der Gewährleistung. Der Regelungsgehalt der Klausel ist selbst bei rechtlichen Kenntnissen kaum zu erfassen. So bleibt im Dunkeln, ob der Hersteller mit der Aussage:

„*Diese eingeschränkte Garantie ist ausschließlich und gilt anstelle aller anderen, ausdrücklichen und stillschweigenden Garantien, einschließlich der stillschweigenden Garantie der Verkäuflichkeit, der Eignung für einen bestimmten Zweck und der Nichtübertretung von Rechten an intellektuellem Eigentum.“*

tatsächlich nur klarstellen will, dass weitere Garantien nicht gegeben werden oder ob er sich hier von der Haftung für alle denkbaren Haftungs- und Gewährleistungsfälle freizeichnen will. Schon wenn die Klausel nur im erstgenannten Sinne verstanden würde, bestünden Bedenken ihrer Wirksamkeit. Denn dies könnte durchaus auch den Ausschluss für die Haftung aufgrund einer Beschaffenheitsgarantie einschließen, was wiederum nach § 444 BGB zur Unwirksamkeit der Klausel führen würde.

Denkbar ist aber auch, dass vor allem der rechtsunkundige Erklärungsempfänger (der den Unterschied zwischen Garantien, Gewährleistung und Haftung nur selten kennt) die Klausel liest wie: „Symantec übernimmt keinerlei Haftung für das Produkt“. Hierfür spricht die neben der irreführenden Überschrift v. a. die Formulierung: „*Diese eingeschränkte Garantie ist ausschließlich“* sowie der Satz: „D*iese Garantie gibt Ihnen bestimmte gesetzliche Rechte, je nach Land können Sie weitere oder andere Rechte haben“*.

Unabhängig davon, ob die Klausel nach deren Intention gegen (unabdingbare Haftungs- und Gewährleistungs-)Vorschriften verstößt, ist deren Vereinbarkeit mit dem Transparenzgebot äußerst zweifelhaft. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der strengen Anforderungen, die der BGH gerade für Haftungsklauseln in Verbraucherverträgen aufstellt hat. Diese sind nur wirksam, wenn sie an systematisch maßgeblicher Stelle und in eindeutiger Weise dem Kunden klar vor Augen führen, dass

eine vom dispositiven Recht abweichende Risikoverlagerung vorgenommen wird[68]. Da der Regelungsgehalt der Klausel wie gesagt sogar dem rechtskundigen Leser unklar bleibt, ist die Regelung m. E. gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.

Dies gilt zudem aufgrund des pauschalen Gewährleistungsausschlusses, nach dem Symantec nicht gewährleistet, „*dass die Software Ihren Anforderungen entspricht, die Verwendung der Software unterbrechungsfrei ist und die **Software fehlerfrei ist**.“.* Vor allem vor dem Hintergrund, dass eine Gewährleistungsverpflichtung von Symantec gegenüber dem Endkunden durchaus in Betracht kommt, wenn die Software direkt über den firmeneigenen Online-Shop bezogen wird[69], stellt sich diese Klausel als Verstoß gegen die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 434 ff. BGB dar. Eine Einschränkung der Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf ist nach § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Zwar mag u. U. besonders im Software-Bereich eine völlige Mangelfreiheit nicht geschuldet sein. Angesichts ihres eindeutigen Charakters als Gewährleistungsausschlussklausel ist Ziff. 4 jedoch erkennbar nicht darauf gerichtet, als rein deklaratorische Beschaffenheitsangabe (die zulässig wäre[70]) zu dienen. Vielmehr besagt sie, dass eine Gewährleistung für Mängel (Fehler) der Software nicht übernommen wird. Die Klausel ist damit im Zweifel unwirksam.

2.3.4.2 Ziff. 5

Auch der Haftungsausschluss in Ziff. 5 begegnet in verschiedener Hinsicht rechtlichen Bedenken. Dies gilt vor allem für den Ausschluss jeglicher Haftung für „indirekte, Folge- oder ähnliche Schäden“, unabhängig vom Grad des Verschuldens.

Eine Unwirksamkeit der Klausel liegt gleich aus mehreren rechtlichen Gründen nahe. Zunächst erfasst der Haftungsausschluss anscheinend auch Körperschäden, was eine Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 7 a) und b) BGB nach sich ziehen würde. Allein da die Klausel zudem die Haftung für jegliche vorsätzlich herbeigeführten Schäden ausschließt, ist sie zudem nach § 276 Abs. 3 BGB unwirksam. Hinzu tritt ein Verstoß gegen § 14 ProdHG. Dies lässt die Klausel, zumal angesichts des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion, insgesamt unwirksam erscheinen[71].

2.3.4.3 Relativierende („salvatorische“) Klauselzusätze

Auch die sowohl in Ziff. 4 als auch Ziff. 5 enthaltenen relativierenden Klauselzusätze[72], mit denen auf die (hilfsweise) Anwendbarkeit möglicherweise entgegenstehenden,

---

68 Vgl. etwa BGH NJW 1992, 2016/2017; NJW 1979, 2148 m. w. Nachw.

69 Insofern käme der Kaufvertrag über den Erwerb der Software direkt zwischen dem Verbraucher und Symantec zustande.

70 Vgl. Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1280.

71 Entsprechend hat der Bundesgerichtshof über solcherart Klauseln bereits entschieden, vgl. etwa BGH NJW 1999, 1031/1032.

72 Siehe Ziff. 4: „Diese Garantie gibt Ihnen bestimmte gesetzliche Rechte. Je nach Land oder Staat können Sie weitere oder andere Rechte haben.“ Und Ziff. 5: „Einige Länder einschließlich der Mitgliedstaaten der europäischen Union gestatten weder die Einschränkung noch den Ausschluss

zwingenden Gesetzesrechts hingewiesen wird, ändern an der Unwirksamkeit der Haftungsklauseln von Symantec nichts. Die Gründe für die Unbeachtlichkeit solcher Zusätze wurden oben, Punkt 2.1.2.1.2.2, ausführlich dargelegt.

2.3.5 Ziff. 7 Satz 2: Rechtswahlklausel

„*Wenn Sie sich in Nord- oder Südamerika befinden, unterliegt diese Vereinbarung der Gesetzgebung des US-Bundesstaats Kalifornien in den Vereinigten Staaten von Amerika.* ***Andernfalls unterliegt diese Vereinbarung den Gesetzen von England.***“

Die Rechtswahlklausel, nach der auf die vertraglichen Beziehungen auch zu deutschen Nutzern englisches Recht Anwendung finden soll, wirft zwei Fragen auf: Zum einen, ob eine solche Rechtswahlklausel nach evtl. anwendbarem deutschen Recht (also der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB) schon an sich unwirksam ist, und zum anderen (sollte dies nicht der Fall sein), ob diese dazu führen kann, dass die Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen durch den Verweis auf englisches Recht umgangen werden können.

2.3.5.1 Wirksamkeit der Rechtswahlklausel an sich

Grundsätzlich ist auch nach den Regelungen des deutschen Internationalen Privatrechts (IPR) die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung als Vertragsstatut für einen Verbrauchervertrag möglich, vgl. Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Abs. 2 EGBGB. Findet sich, wie in den AGB von Symantec, eine Rechtswahlklausel, wird die Frage nach deren Wirksamkeit gem. Art. 27 Abs. 4, 31 Abs. 1 EGBGB nach dem ausgewählten Recht[73] beurteilt, hier also nach englischem Recht. Damit scheidet eine Inhaltskontrolle der Klausel nach § 307 BGB grundsätzlich aus. Dies gilt sogar für Sachverhalte mit reinem Inlandsbezug (vgl. Art. 27 Abs. 3 EGBGB). Nur in seltenen Ausnahmefällen[74] kann hiernach eine Rechtswahlklausel, die auf ausländisches Recht verweist, nach den Bestimmungen des deutschen Rechts (v. a. §§ 305c Abs. 1, 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) einer Inhaltskontrolle unterzogen werden.

---

der Haftung für Neben- oder Folgeschäden. Daher findet unten genannte Klausel für Sie möglicherweise keine Anwendung.“.

[73] BGH NJW 1994, 262; BGH NJW 1989, 1431/1432.

[74] Ein solches Beispiel nennt Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 1488. Dies werde man annehmen können, wenn ein US-amerikanischer Software-Hersteller eine rechtlich selbstständige Tochtergesellschaft mit eigener Rechtsabteilung in der BRD gegründet habe und der Softwareüberlassungsvertrag dennoch dem Recht eines US-amerikanischen Bundesstaates unterstellt werden soll. Ein solcher Fall liegt hier indes – soweit ersichtlich – nicht vor, da Symantec in Deutschland kaum eine eigene Rechtsabteilung unterhalten dürfte.

2.3.5.2 Abdingbarkeit der §§ 305 ff. BGB über die Wahl englischen Rechts

Die Schutzvorschriften der §§ 305 ff. BGB können durch Rechtswahlklauseln – jedenfalls in Verbraucherverträgen – nicht umgangen werden. Dies ergibt sich aus den Art. 29 und 29a EGBGB.

Nach Art. 29 Abs. 1 EGBGB darf eine Rechtswahl bei Verbraucherverträgen über die Lieferung beweglicher Sachen, die unter bestimmten Umständen zustande gekommen sind, nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, gewährte Schutz entzogen wird. Unter solche „Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen“ fallen auch Software-Kaufverträge[75].

Dies gilt u. a., wenn dem Vertragsschluss etwa ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in diesem Staat vorausgegangen ist und wenn der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat (Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB). Ausreichend für die Werbung bzw. das Angebot im Inland sind auch solche auf einer Webseite[76]. Auch bei Erwerb von Symantec-Produkten aus dem Online-Shop des Unternehmens durch einen in Deutschland ansässigen Verbraucher käme die Vorschrift also zum Tragen.

Für Verträge mit reinem Inlandsbezug, also etwa bei einem Kauf der Software in einem deutschen Geschäft durch einen in Deutschland ansässigen Verbraucher, ergibt sich die gleiche Folge aus Art. 27 Abs. 3 EGBGB.

In beiden Fällen sind mithin zwingende Verbraucherschutzvorschriften unabdingbar und damit voll wirksam. Hierunter fallen auch und vor allem die Regelungen über allgemeine Geschäftsbedingungen[77].

2.4 Die Lizenzbestimmungen von Nero

Die Nero AG[78] stellt das gleichnamige, populäre Brennprogramm her. Version 6 des Programms („Nero Reloaded“) rangierte im Monat Oktober 2005 in den Verkaufscharts auf Platz 3[79]. Inzwischen ist ein neues Programmpaket erschienen („Nero 7 Premium“). Die Lizenzbestimmungen sind identisch geblieben.

2.4.1 Umfang der Nutzungsrechte

Die Lizenzbestimmungen von Nero räumen dem Nutzer das Recht ein, das Programm bestimmungsgemäß auf einem Rechner zu benutzen und eine Sicherungskopie anzufertigen (Ziff. 3, Abs. 1 und 2, Ziff. 4 Abs. 2). Eine Netzwerknutzung ist nur gestattet,

---

[75] Palandt-Heldrich, Art. 29 EGBGB, Rn. 2.

[76] Palandt-Heldrich, Art. 29 EGBGB, Rn. 5 m. w. Nachw.

[77] Allg. M., vgl. OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1989, 1018/1019, Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rn. 578; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1488.

[78] Anschrift: Nero AG, Im Stöckmädle 18, 76307 Karlsbad.

[79] Quelle: Computerbild, Ausgabe 21/2005, online verfügbar unter: http://www.abendblatt.de/daten/2005/10/08/490168.html.

wenn hierbei der gleichzeitige Zugriff auf nur einen einzigen Rechner ermöglicht wird (Ziff. 4 Abs. 3).

2.4.2 Ziff. 3 Abs. 3: Zugriffsschutz; Ziff. 9 Abs. 1: Obhutspflichten

„3. Vervielfältigungsrechte und Zugriffsschutz

*„(3) Der Anwender ist verpflichtet, den unbefugten Zugriff Dritter auf das Programm sowie die Dokumentation durch geeignete Vorkehrungen zu verhindern. **Die gelieferten Originaldatenträger sowie die Sicherungskopien sind an einem gegen den unberechtigten Zugriff Dritter gesicherten Ort aufzubewahren. Die Mitarbeiter des Anwenders sind nachdrücklich auf die Einhaltung der vorliegenden Vertragsbedingungen sowie des Urheberrechts hinzuweisen**."*

„9. Obhutspflichten

„(1) Der Anwender wird die gelieferten Originaldatenträger an einem gegen den unberechtigten Zugriff Dritter gesicherten Ort aufbewahren sowie seine Mitarbeiter oder Angehörige seines Haushaltes nachdrücklich auf die Einhaltung der vorliegenden Vertragsbedingungen sowie des Urheberrechts hinweisen."

Die Ziff. 3 Abs. 3 und 9 Abs. 1 des Nero-EULA enthalten zwei – inhaltlich nahezu identische – für Software-Lizenzverträge ungewöhnliche Regelungen, deren Gehalt und Regelungszweck sich nur schwer erschließt. Anscheinend soll hiermit verhindert werden, dass Dritte Zugriff auf die Datenträger nehmen und das Programm unter deren Verwendung auf weiteren Rechnern installieren. Die Wirksamkeit der Klauseln ist in verschiedener Hinsicht fraglich.

2.4.2.1 Unwirksamkeit aufgrund des Transparenzgebots?

Zunächst begegnen die Bestimmungen hinsichtlich des Transparenzgebots gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB Bedenken, soweit hier (in Ziff. 3 Abs. 3) von „unbefugtem" bzw. „unberechtigtem Zugriff" und der Aufbewahrung an einem „gesicherten Ort" die Rede ist. Welche Pflichten sich hieraus genau für den Nutzer ergeben, wird nicht deutlich. Zunächst ist unklar, was ein unbefugter oder unberechtigter „Zugriff" ist. Liegt ein solcher schon vor, wenn ein Mitglied des eigenen Haushalts die Installations-CD zur Ansicht an sich nimmt? Muss hinzutreten, dass der Dritte bei seinem Zugriff vorhat, die CD zur Installation auf einem weiteren Rechner zu verwenden? Welche Personen sind zum Zugriff berechtigt, welche unberechtigt? Gilt dies für jedermann oder nur für nicht zur Familie oder zum Unternehmen des Erwerbers gehörige Dritte? Gerade letztere Unklarheit wird dadurch verstärkt, dass Betriebs- und Haushaltsangehörige „nachdrücklich" auf die Pflichten aus den Vertragsbestimmungen bzw. zudem „des Urheberrechts" (siehe Ziff. 9 Abs. 1) hingewiesen werden müssen. Denn wenn diese Personen auf Rechte und Pflichten hingewiesen wurden, scheint es kaum noch erforderlich, ihren Zugriff auf die Datenträger durch Verwahrung an einem sicheren Ort zu verhindern.

Unklar ist zudem, was „Vorkehrungen" sein sollen, die „geeignet" sind, den Zugriff auf die Datenträger zu verhindern. Ist der Erwerber verpflichtet, diese in einen stets in seiner

Abwesenheit abgeschlossenen Schrank oder gar einen Safe zu legen? Reicht eine normale Schreibtischschublade?

Es liegt in der Natur der Sache, dass formularmäßige Vertragsbedingungen nicht jede Einzelheit im Detail regeln können[80]. Erforderlich ist nach dem Transparenzgebot jedoch, dass der Kunde seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ohne weiteres erkennen oder zumindest ermitteln kann. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind dem durchschnittlichen, nicht mit rechtlichen Kenntnissen ausgestatteten Kunden dergestalt aufzuerlegen, dass diese für ihn nachprüfbar sind.

Der durch die Obhutsklauseln eröffnete, erhebliche Auslegungsspielraum lässt dies m. E. nicht zu.

2.4.2.2 Unangemessene Benachteiligung des Kunden gem. § 307 Abs. 1 BGB?

Grundsätzlich ist dem Käufer durch die Übereignung eine uneingeschränkte Verfügungs- und Verwendungsfreiheit zu verschaffen. Der Eigentümer ist nach § 903 BGB berechtigt, „mit der Sache nach Belieben zu verfahren“, soweit dem nicht Rechte Dritter oder das Gesetz entgegenstehen. Hiervon erfasst ist selbstverständlich auch die Befugnis, darüber zu entscheiden, ob er einem Dritten den Besitz der Sache überlassen will oder nicht[81]. Nach obigen Ausführungen ist eine Klausel sogar dann unwirksam, wenn sie dem Erwerber untersagt, die Software auf beschränkte Dauer – ohne hierbei Erwerbsinteressen zu verfolgen – oder gar endgültig zu überlassen[82]. Hierüber geht die Untersagung aus Ziff. 3 Abs. 3 und Ziff. 9 Abs. 1 des Nero-EULA, jeden „Zugriff“ auf die Datenträger durch Dritte zu verhindern, weit hinaus. Dem Erwerber wird scheinbar[83] nicht nur untersagt, Dritten den Besitz an den Datenträgern zu überlassen, sondern zudem auferlegt, jedermann an jedem wie auch immer gearteten Zugang zu den Datenträgern zu hindern.

Eine solche Bestimmung stellt m. E. eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers gem. § 307 Abs. 1 BGB dar, da dessen grundsätzliche Befugnisse als Eigentümer hierdurch erheblich beschränkt werden. Auch mit der „Kardinalpflicht“ aus dem Kaufvertrag, dem Erwerber eine grundsätzlich unbeschränkte Eigentümerstellung zu verschaffen, scheinen die Klauseln schwerlich vereinbar, sodass zudem ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorliegen dürfte.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt zudem m. E. in der Verpflichtung, dass der Kunde alle Mitarbeiter seines Betriebes sowie Familienmitglieder „auf die Einhaltung der vorliegenden Vertragsbedingungen sowie des Urheberrechts“ hinweisen muss. Insbesondere in Kumulation mit dem gleichzeitig ausgesprochenen Gebot, die Datenträger

---

80 Anerkannt ist, dass die Anforderungen des Transparenzgebots nicht überspannt werden dürfen und AGB nicht umfänglich kommentiert oder erklärt werden müssen, vgl. Palandt-Heinrichs, § 307, Rn. 16 m. w. Nachw.

81 Palandt-Bassenge, § 903, Rn. 5.

82 Siehe oben zu den Weiterveräußerungsverboten, Punkt 2.1.2.1.3.

83 Etwas anderes könnte man nur dann vermuten, wenn mit „unbefugtem“ oder „unberechtigtem“ Zugriff allein ein solcher durch Personen gemeint wäre, denen der Erwerber des Programms einen solchen Zugriff nicht gestattet hat. Allerdings scheint dies aus Sicht des objektiven Empfängerhorizontes eher fern liegend.

gegen jeglichen Zugriff durch Dritte zu sichern, erscheint diese Auflage völlig unangemessen.

Eine Rechtfertigung der Klauseln wegen höherrangiger Interessen des Herstellers (aufgrund deren er die Unwirksamkeitsvermutung nach § 307 Abs. 2 widerlegen könnte) ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist die Klausel in ihrer scheinbaren Reichweite (jegliche Besitzüberlassung, selbst ohne Ingebrauchnahme durch den Dritten, wird untersagt) mit keinem ersichtlichen Interesse des Herstellers zu rechtfertigen.

Dies gilt umso mehr angesichts der nach den Nero-EULA auflösend bedingten Nutzungsrechtseinräumung (siehe Ziff. 11 Abs. 2[84]). Verstößt der Nutzer gegen die Pflichten aus der Lizenz, verliert er hiernach seine Nutzungsbefugnis. Im Zusammenhang mit Ziff. 3 Abs. 3, 9 Abs. 1 – die dem Nutzer ohne Rücksicht auf schuldhaftes Verhalten eine Handlungspflicht auferlegen – würde dies bedeuten, dass der Nutzer in dem Moment, da er die Datenträger (einmalig) an einem für Dritte zugänglichen Ort aufbewahrt (etwa den Schrank vergisst abzuschließen), seine Rechte verliert. Hierin dürfte jedenfalls eine unangemessene Benachteiligung des Käufers liegen.

2.4.2.3 Ziff. 5 Abs. 1: Rekompilierung und Programmänderungen

„*(1) Die Rückübersetzung des überlassenen Programmcodes in andere Codeformen (Rekompilierung) sowie sonstige Arten der Rückerschließung der verschiedenen Herstellungsstufen der Software (Reverse-Engineering) einschließlich einer Programmänderung sind für den eigenen Gebrauch nur mit schriftlicher Genehmigung von Nero zulässig*."

Anders als in den EULA von Microsoft oder Symantec beinhaltet das Nero-EULA kein uneingeschränktes Dekompilierungsverbot. Allerdings ist auch eine solche Bestimmung gem. §§ 69e Abs. 1, 69g Abs. 2 UrhG nichtig, denn hiernach kann sich der Rechtsinhaber gerade nicht das Recht vorbehalten, die Zustimmung zum Reverse Engineering (zur Dekompilierung) zu versagen, soweit dies zur Herstellung von Interoperabilität mit anderen Programmen „unerlässlich" ist[85]. Da die Klausel solche Handlungen pauschal, also gleich zu welchem Zweck diese vorgenommen werden sollen, einem Zustimmungsvorbehalt unterwirft, steht sie im Widerspruch zu zwingendem Recht.

2.4.2.4 Ziff. 6: Weiterveräußerung und Weitervermietung

„(1) Der Anwender darf die Software einschließlich des Benutzerhandbuchs und des sonstigen Begleitmaterials auf Dauer an Dritte veräußern oder verschenken, vorausgesetzt der erwerbende Dritte erklärt sich mit der Weitergeltung der vorliegenden Vertragsbedingungen auch ihm gegenüber einverstanden. Der Anwender muss die vorliegenden Vertragsbedingungen sorgfältig aufbewahren. Vor der Weitergabe der Software muss er sie dem neuen Anwender zur Kenntnisnahme vorlegen. Sollte der

---

[84] Hier heißt es: „Das Recht des Anwenders, die Software und das Begleitmaterial zu nutzen, erlischt, sofern der Anwender die in diesem Vertrag festgelegten Nutzungsbedingungen verletzt.".

[85] Eingehend hierzu vgl. oben, Punkt 2.1.2.1.2.

Anwender zum Zeitpunkt der Weitergabe die vorliegenden Vertragsbedingungen nicht mehr in Besitz haben, ist er verpflichtet, zunächst ein Ersatzexemplar beim Hersteller anzufordern. Die entstehenden Versandkosten trägt der Anwender.

(2) Im Falle der Weitergabe muss der Anwender dem neuen Anwender sämtliche Programmkopien einschließlich gegebenenfalls vorhandener Sicherheitskopien übergeben oder die nicht übergebenen Kopien vernichten. Infolge der Weitergabe erlischt das Recht des alten Anwenders zur Programmnutzung. ***Er ist verpflichtet, Nero über die Weitergabe schriftlich unter Angabe des Namens und vollständiger Anschrift des Käufers umgehend zu informieren****.*

(4) Der Anwender darf die Software Dritten ***nicht überlassen****, wenn* ***der begründete Verdacht*** *besteht,* ***der Dritte werde die Vertragsbedingungen verletzen****, insbesondere unerlaubte Vervielfältigungen herstellen. Dies gilt auch im Hinblick auf Mitarbeiter des Anwenders.“*

2.4.2.5 Informationspflicht bei Weiterveräußerung

Wie oben[86] ausgeführt, ist die Frage, ob dem Erwerber im Falle des Weiterverkaufs Informationspflichten auferlegt werden können, in der Rechtsliteratur umstritten. Anders als in den oben geprüften Lizenzbestimmungen von Symantec hat die Klausel in Ziff. 6 Abs. 2 einen nachvollziehbaren und eindeutigen Gehalt: Der Veräußerer soll Namen und Adresse des Erwerbers mitteilen, damit der Hersteller über den Verbleib des Programms informiert bleibt.

Folgt man der Ansicht einiger Stimmen in der Rechtsliteratur, ist eine solche Klausel nicht zu beanstanden[87]. Folgt man der Auffassung von Marly[88], bedeutet die Klausel im vorliegenden Fall eine unangemessene Benachteilung des Kunden gem. § 307 Abs. 1 BGB. Dies ergibt sich hier daraus, dass es sich bei Nero, das vom Hersteller zu einem Preis von 69,90 € verkauft wird, um eine Software handelt, die Marly zu den „Low-Cost-Produkten“ zählen würde.

Gerichtliche Stellungnahmen zu dem Streit liegen ersichtlich nicht vor. Da es sich hierbei um eine reine Wertungsentscheidung handelt, können die Erfolgsaussichten einer Klage gegen diese Klausel nur schwer eingeschätzt werden. M. E. ergeben sich für beide Auffassungen nachvollziehbare Argumente. Für eine Unwirksamkeit spricht vorliegend sicherlich ergänzend, dass auch die Auswirkung der Informationspflicht für den Verbraucher im Zusammenhang mit der auflösend bedingten Nutzungsrechtseinräumung (siehe Ziff. 11 Abs. 2) gesehen werden muss. In Kumulation beider Bestimmungen ergibt sich aus der Informationsklausel neben dem hiermit verbundenen Aufwand für den Kunden eine nicht unerhebliche Gefahr, seine Rechte zu verlieren. Vergisst er, den Hersteller zu informieren, entfällt die Nutzungsbefugnis sowie die Möglichkeit, dem Zweiterwerber die Rechte zu verschaffen und seinen Verkäuferpflichten nachzukommen.

---

86 Siehe Punkt 2.1.3.2.

87 Nachweise, s. o. Fn. 61.

88 Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1257.

Gegen die unangemessene Benachteiligung aufgrund dieser Regelungs-Kumulation könnte man wiederum einwenden, dass das Unterlassen der Information zumindest leicht fahrlässig (und damit immerhin schuldhaft) wäre, da derlei Klauseln nicht selten verwendet werden und ihn u. U. die Sorgfaltspflicht trifft, vor einer Weiterveräußerung der Software die Lizenzbestimmungen einzusehen.

2.4.2.6 Einschränkung des Weiterveräußerungsrechts nach Abs. 4

Neben der Informationspflicht ergeben sich hinsichtlich der Wirksamkeit der Weiterveräußerungsklausel weitere, schwerwiegendere, Bedenken aus Abs. 4 der Regelung. Dieser steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Weiterveräußerungsrecht, da dies hierdurch unter einen Vorbehalt gestellt wird.

Fragwürdig ist die Wirksamkeit der in Abs. 4 enthaltenen Pflicht zunächst aus Sicht des Transparenzgebotes. Dem Nutzer wird eine Überlassung des Programms an einen Dritten für den Fall untersagt, dass „der begründete Verdacht besteht, der Dritte werde die Vertragsbedingungen verletzen“. Es bleibt in jeder Hinsicht offen, wann oder unter welchen Umständen ein solcher Verdacht zu hegen ist. Zudem wäre es auch nicht völlig abwegig, der Klausel zu entnehmen, dass der Nutzer sogar verpflichtet ist, über seinen Abnehmer Erkundigungen einzuziehen oder Ähnliches. Denn diese spricht nicht etwa von einem (subjektiv) „offensichtlichen“ oder einem „sich aufdrängenden“ Verdacht, sondern nur von einem „begründeten“ Verdacht.

Zudem liegt in der Klausel m. E. auch eine unangemessene Benachteiligung des Kunden gem. § 307 Abs. 1 BGB. Zum einen ist dieser ohnehin nach Ziff. 6 Abs. 1 verpflichtet, sich im Zuge der Übertragung vom Zweiterwerber bestätigen zu lassen, dass dieser sich zur Weitergeltung der Lizenzbestimmungen auch ihm gegenüber einverstanden erklärt. Zum anderen muss er beim Verkauf die Lizenzbestimmungen zur Kenntnisnahme vorlegen. Damit sollte den Interessen des Herstellers ausreichend Genüge getan sein. Eine zusätzliche Unterlassungspflicht, die dem Nutzer suggeriert, er müsse über diese weitreichenden Maßnahmen hinausgehende Umstände bei der Verkaufsentscheidung berücksichtigen oder gar Ermittlungen anstellen, erscheint unangemessen.

Dies gilt m. E. auch insofern, als der Nutzer durch die Klausel verpflichtet wird, als „Hüter“ der Interessen des Herstellers aufzutreten. Aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes hat der rechtmäßige Erwerber eines Werkexemplars das Recht, dieses weiterzuveräußern. Verletzt der Zweiterwerber die Lizenzbestimmungen, ist dies allein für die rechtlichen Beziehungen (gleich ob vertraglicher oder deliktischer Natur) zwischen dem Rechtsinhaber und dem Zweiterwerber relevant, es sei denn, die gesetzlichen Regelungen über die Mithaftung (Mittäterschaft, Mitstörer o. Ä.) kommen zur Anwendung. Über die „Verdachtsklausel“ kann der Ersterwerber jedoch abseits der rechtlichen Regelungen in derlei Angelegenheiten hineingezogen werden, da der Hersteller ihn hierüber u. U. für Rechtsverletzungen bzw. Mithaftung zur Verantwortung ziehen könnte, die der Zweiterwerber verursacht hat[89]. Dies käme in Betracht, soweit der Ersterwerber die Software trotz eines vermeintlich begründeten Verdachts in diesem Sinne veräußert hat.

---

[89] Jedenfalls scheint es nicht völlig abwegig, dass der Hersteller seine Kunden versucht, sich unter Begründung einer solchen Pflicht weitere potenzielle Haftungsschuldner zu verschaffen. Ob

M. E. bedeutet es eine unangemessene Benachteiligung, dem Nutzer auf diese Weise aufzuerlegen, die Interessen des Herstellers zu wahren und ihn in seiner Entscheidungsfreiheit bei der Ausübung seiner Eigentumsrechte (Verkauf der Software) zusätzlichen Unsicherheiten auszusetzen. Hierin könnte man im Übrigen auch eine mittelbar wirkende Beeinträchtigung der Verfügungsfreiheit des Eigentümers sehen[90], die wiederum mit den wesentlichen Grundgedanken des Eigentumsrechts unvereinbar wäre und deshalb eine Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. den §§ 69c Nr. 3 S. 2, 17 Abs. 2 UrhG auslösen würde[91].

2.4.2.7 Ziff. 7 und 8: Gewährleistung und Haftung

„7. Gewährleistung

(5) Soweit in Abschnitt 7 und 8 nichts anderes bestimmt, haftet Nero nicht für Schäden, die nicht an der gelieferten Software selbst entstanden sind; insbesondere übernimmt Nero keine Haftung für Datenverlust oder sonstige Folgeschäden."

„8. Haftung

„(1) Für Schäden wegen Rechtsmängeln, insbesondere wegen Verletzungen von Urheberrechten Dritter haftet Nero unbeschränkt.

(2) Dies gilt auch, sofern der Software eine zugesicherte Eigenschaft oder eine Garantie fehlt.

(3) Nero schließt die Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern diese keine vertragswesentlichen Pflichten, Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit betreffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen der Erfüllungsgehilfen von Nero.

(4) Ein Mitverschulden des Anwenders (z. B. unzureichende Datensicherung) ist diesem anzurechnen."

Bei einer Analyse der Gewährleistungs- und Haftungsklauseln fällt zunächst auf, dass der Haftungsausschluss nicht in der Haftungsregelung, sondern vielmehr als letzter Absatz (5) der Gewährleistungsklausel angesiedelt ist. Ob dies allein genügt, angesichts der strengen Anforderungen, die der BGH für die Formulierung von Haftungs- und Gewährleistungsklauseln stellt[92], einen Verstoß gegen das Transparenzgebot anzunehmen, mag hier dahingestellt bleiben. Die Klauseln scheinen auch aus anderen Gründen einer Inhaltskontrolle nicht standzuhalten.

Inhaltlich problematisch erscheint der Haftungsausschluss zunächst insoweit, als hierdurch jegliche Haftung für Folgeschäden und zwar unabhängig vom Verschuldensgrad ausgeschlossen wird. Diese Regelung wird zwar durch Ziff. 8 in Bezug auf Rechtsmängel

---

dies wirklich gemeint und intendiert ist, ist allerdings angesichts der unklaren Formulierung der Klausel nicht zu ermitteln.

[90] Durch die mit der Klausel u. U. ausgelöste Unsicherheit und die Gefahr von Schadensersatzansprüchen auf Seiten des Anwenders könnte dieser sich gehindert sehen, das Programm weiterzuveräußern.

[91] Vgl. Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1052 m. w. Nachw.

[92] Siehe hierzu oben, Fn. 68.

sowie Körperschäden relativiert, nicht aber in Bezug auf sonstige Folgeschäden. Insoweit ist die Klausel gem. § 309 Nr. 7b) sowie § 276 Abs. 3 BGB unwirksam. Hiernach sind Bestimmungen (gem. § 276 Abs. 3 BGB sogar unabhängig davon, ob individualvertraglich oder durch allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart) nichtig, mit denen die Haftung für vorsätzlich und/oder grob fahrlässig herbeigeführte Schäden ausgeschlossen oder beschränkt wird. Dies gilt für alle Arten von Schäden, also auch mittelbare, indirekte, nicht vorhersehbare[93] und durch unerlaubte Handlungen bei der Abwicklung eines Vertragsverhältnisses begangene[94].

Damit ist der Haftungsausschluss nach Ziff. 7 Abs. 5 m. E. im Ganzen unwirksam[95].

---

93 Palandt-Heinrichs, § 309, Rn. 44.
94 BGH NJW 1995, 1488/1489.
95 Palandt-Heinrichs, § 309, Rn. 47.

3 Nutzungsbedingungen und DRM von eBooks und elektronischen Verlagsangeboten

Bei eBooks handelt es sich um elektronische Versionen von Print-Produkten. Diese können entweder mit einem speziellen eBook-Reader-Programm oder mit der Standard-Software „Adobe Acrobat" auf einem PC oder einem Handheld-Computer gelesen werden. Gehandelt werden eBooks in erster Linie als Downloadangebote, vereinzelt scheinen auch CDs mit eBook-Sammlungen verkauft zu werden. Obwohl eine relativ große Anzahl an eBooks verfügbar ist, finden sich nur wenige Anbieter solcher Produkte. Neben dem hier geprüften Angebot von ciando ist auf dem deutschen Markt vor allem „Bol" in diesem Segment tätig[96].

Die Nutzungsbedingungen der eBooks fanden sich in den hier geprüften Fällen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters. Gesonderte Lizenzbestimmungen, die etwa in Verbindung mit dem jeweiligen Produkt vertrieben werden könnten, verwenden die Anbieter nicht.

3.1 Die Nutzungsbedingungen von ciando.de

3.1.1 Beschreibung des Angebotes

Der Webshop ciando.de[97] wirbt damit, der „größte eBook-Händler im deutschen Sprachraum" zu sein. Hier kann man eBooks aller Arten erwerben, vom Sachbuch über das Fachbuch bis zur Belletristik. In dem Webshop werden die eBooks ausschließlich per Download angeboten. Die Erwerber bekommen die eBooks als PDF-Dateien. Sie sind mit dem Adobe-DRM gesichert. Die Nutzungsmöglichkeiten, die das DRM-System zulässt, sind moderat. Es ist möglich, die eBooks beliebig oft auszudrucken, unbeschränkt auf CD zu brennen, einzelne Textstellen hieraus zu kopieren und – nach einer Aktivierung des Adobe Readers, der zum Anzeigen der eBooks benötigt wird[98] – sie auf bis zu sechs Endgeräten wie PDAs, Desktop-Rechner und Laptops zu nutzen.

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Dienstes können von der Webseite heruntergeladen werden. Sie finden sich sowohl auf der Homepage als auch auf den Unterseiten.

3.1.2 § 7 Copyright und Urheberrechte

„Der durch ciando vertriebene Content ist urheberrechtlich geschützt. Der Nutzer

---

[96] Die AGB von bol wurden ebenfalls geprüft, haben aber keinen im vorliegenden Projekt relevanten Befund ergeben. Daher wird im Folgenden hierauf nicht weiter eingegangen. Ein weiterer Anbieter von eBooks ist Libri (www.libri.de).

[97] Anschrift des Betreibers: ciando GmbH, Theresienstraße 33, 80333 München.

[98] Eine Beschreibung/Anleitung des Aktivierungsprozesses findet sich unter http://www.ciando.com/help/doc/ar6_aktivierung.pdf.

verpflichtet sich, die Urheberrechte anzuerkennen und einzuhalten. Es werden keine Urheber-, Nutzungs- und sonstigen Schutzrechte am Content auf den Nutzer übertragen.

Der Nutzer ist nur berechtigt, den abgerufenen Content zu eigenen Zwecken zu nutzen. Er ist nicht berechtigt, den Content im Internet, in Intranets, in Extranets oder sonstwie Dritten zur Verwertung zur Verfügung zu stellen. Eine öffentliche Wiedergabe oder sonstige Weiterveröffentlichung, eine gewerbliche Vervielfältigung und der ***Weiterverkauf des Contents werden ausdrücklich ausgeschlossen****.*

Der Nutzer darf Urheberrechtsvermerke, Markenzeichen und andere Rechtsvorbehalte im abgerufenen Content nicht entfernen. ***Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird eine von ciando nach billigem Ermessen festzusetzende, im Streitfall vom zuständigen Gericht zu überprüfende Vertragstrafe zur Zahlung fällig****.“*

3.1.2.1 Zulässigkeit des Weiterveräußerungsverbotes

Nach § 7 darf der über ciando erhältliche Content (eBooks) nicht weiterverkauft werden. Ob diese Klausel zulässig ist, hängt u. a. von der schwierigen Frage ab, ob der Erschöpfungsgrundsatz hierdurch eingeschränkt wird und ob sich aus einer solchen Einschränkung gegebenenfalls ein Verstoß gegen § 307 BGB ergeben könnte. Ist der Erschöpfungsgrundsatz auf digitale Werkexemplare anwendbar, könnte in dessen Einschränkung ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegen[99] (siehe sogleich).

Auch wenn der Erschöpfungsgrundsatz auf solche Werkexemplare nicht anwendbar sein sollte, könnte die Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 oder § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Dies käme in Betracht, wenn die schuldrechtliche Untersagung der Weiterveräußerung eines Werkexemplars – trotz der Unanwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes – gegen die wesentliche Pflicht des Verkäufers aus dem Kaufvertrag, dem Erwerber uneingeschränkte Verfügungs- bzw. Verwendungsmacht zu verschaffen, verstoßen oder ansonsten eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers nach sich ziehen würde (siehe hierzu unten, Punkt 2.2.1.2.1.2).

Die Frage ist von grundsätzlicher Bedeutung. Immer mehr geht die Content-Industrie dazu über, die Werkstücke nicht mehr in materieller Form (CDs, DVDs, CD-ROMs etc.) zu verkaufen, sondern in immaterieller Form zum Download anzubieten (man denke v. a. an Musik-Download-Angebote oder – wie vorliegend – eBooks). Der Markt wandelt sich mithin; eine vollständige Substitution ist zwar in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Die schon heute große Bedeutung von Downloaddiensten für Verbraucher lässt jedoch die Frage, ob die Erwerber digitaler Werkstücke grundsätzlich schlechter gestellt werden können/sollten als die materieller Vervielfältigungsstücke, grundsätzlich erscheinen.

Aufgrund dessen soll die Frage im Folgenden eingehend untersucht werden. Die hieraus sich ergebenden Erkenntnisse können auch in Bezug auf eine Vielzahl weiterer allgemeiner Geschäftsbedingungen fruchtbar gemacht werden, da Weiterveräußerungsverbote bei Downloaddiensten nach den aus der Untersuchung gewonnenen Erkenntnissen mittlerweile üblich zu sein scheinen.

---

[99] Näheres hierzu, s. o. Punkt 2.1.2.1.3.

3.1.2.1.1 Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Werkstücke

Der Erschöpfungsgrundsatz in § 17 Abs. 2 UrhG kommt grundsätzlich nur auf körperliche Werkstücke zur Anwendung, die mit Zustimmung des Berechtigten gem. § 17 Abs. 1 UrhG zuvor in Verkehr gebracht wurden. Mit dieser Erstverbreitung erschöpft sich das Verbreitungsrecht an dem betreffenden Werkexemplar, und dies kann fortan frei weiterverbreitet werden[100]. Eine solche Erstverbreitung liegt indes nicht vor, wenn der Anbieter ein Werk zum Download durch den Abnehmer bereitstellt[101]. Hierbei handelt es sich um einen Akt der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG. In diesem Fall bringt der Berechtigte das Werk nicht in Form von Werkexemplaren in Verkehr, sondern lässt lediglich zu, dass sich die Nutzer hiervon eine Kopie erstellen. Eine direkte Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf diese Konstellation kommt mithin nicht in Betracht.

Die zeitweise herrschende Ansicht in der Rechtsliteratur: analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes

Nach den wohl meisten Äußerungen im Schrifttum soll der Erschöpfungsgrundsatz jedoch für den Fall analoge Anwendung finden[102], in dem der Nutzer sich ein Werk heruntergeladen hat, dies auf einem materiellen Träger verkörpert (etwa: auf CD brennt) und den Träger dann veräußert. Dies sei ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig, da sich hier ausnahmsweise das Verbreitungsrecht erschöpft habe, obgleich das Werkexemplar nicht durch Erstverbreitung in Verkehr gebracht wurde[103]. Teilweise wird dies nur unter der Einschränkung für zulässig erachtet, dass der Veräußerer in diesem Zuge alle eigenen Dateien löscht[104].

Begründet wird dies weitgehend einheitlich mit Wertungsaspekten. Die Interessenlage sei in solchen Fällen mit derjenigen beim herkömmlichen Erwerb eines materiellen

---

[100] Klassischer Anwendungsfall für den Erschöpfungsgrundsatz ist, dass eine Plattenfirma eine CD in den Handel bringt oder bringen lässt und der Erwerber diese weiterverkaufen will. Der Weiterverkauf wäre ihm ohne Erschöpfungswirkung nur mit Zustimmung des Berechtigten gestattet. Durch den Erschöpfungsgrundsatz entfällt jedoch das Verbreitungsrecht für alle folgenden Verbreitungshandlungen, sodass der Rechtsinhaber den Weiterverkauf nach Erstverbreitung nicht mehr untersagen darf und entsprechend auch nicht mehr um Zustimmung ersucht werden muss.

[101] Allg. Meinung, vgl. statt vieler, Schricker-Loewenheim, § 17, Rn. 37.

[102] Teilweise wird sogar vertreten, eine solche Erstreckung des Erschöpfungsgrundsatzes sei bereits durch eine extensive Auslegung der §§ 17 Abs. 2, 69c Abs. 3 Satz 2 UrhG zu erzielen, vgl. Fromm/Nordemann-Vinck, Kommentar zum Urheberrecht, 9. Auflage 1998, § 69c, Rn. 6; Mäger, CR 1996, 522/524 ff.

[103] Berger, GRUR 2002, 198/199; Dreier, ZUM 2002, 28/32; Dreier/Schulze-Dreier, § 19a, Rn. 11; Hoeren MMR 2000, 515/517; Knies, GRUR Int. 2002, 314 ff. passim; Spindler, GRUR 2002, 105/110; Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Ergänzungsband § 69c, Rn. 12, sowie Hauptband, § 69c, Rn. 31, 36; Kröger, CR 2001; 316/318; Fromm/Nordemann-Vinck, § 69c, Rn. 6; Mäger, CR 1996, 522/524 ff.; Linnenborn, K&R 2001, 394/395; Koch GRUR 1997, 417/425 ff.; Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz im Online-Bereich, Dissertation 2000, S. 167 ff. A. A. Jaeger, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in Hilty, Reto/Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 47 ff.; Schricker-Loewenheim, § 17, Rn. 37.

[104] So Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Ergänzungsband § 69c, Rn. 12, sowie Hauptband, § 69c, Rn. 31, 36.

Werkstückes vergleichbar. Es könne keinen Unterschied machen, ob der Rechtsinhaber das Werkstück selbst herstellt und dann (etwa per Post) verbreitet hat oder ob er dem Erwerber nur die Möglichkeit einräume, die Herstellung selbst vorzunehmen. In beiden Fällen bestehe ein gleich gelagertes Interesse des Rechtsverkehrs an einer freien Zirkulation des Werkexemplars[105]. Im Übrigen sei auch keine größere Beeinträchtigung der Interessen der Rechtsinhaber zu erkennen, denn diese könnten sich hier wie dort ihre wirtschaftliche Beteiligung sichern, indem sie die Vergütung für die Erstveräußerung entsprechend ausgestalteten[106].

Weitere Argumente für und gegen eine analoge Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes

Bei eingehender Untersuchung einer analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf heruntergeladene Werkexemplare zeigen sich indes neben den genannten, hierfür sprechenden, Argumenten weitere, die teils für, teils gegen eine analoge Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes sprechen.

Das Argument der „intensiveren Nutzung“

So könnte man argumentieren, dass die Interessen der Rechtsinhaber an einer fortbestehenden Existenz des Verbreitungsrechts an immateriellen Werkexemplaren schwerer wiegen. Dies könnte mit einer hiermit denkbar einhergehenden weiteren Streuung der Werkexemplare begründet werden.

Hierfür spricht Folgendes: Der Ersterwerber eines materiellen Originals verliert durch die Weiterveräußerung im Normalfall Eigentum, Besitz und Nutzungsmöglichkeit des Werkes. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er dies zuvor kopiert hat, wofür eine aktive Handlung (Brennen einer weiteren CD o. Ä.) notwendig ist.

Bei der Weiterveräußerung einer digitalen Kopie ist genau das Gegenteil der Fall. Wird diese auf eine CD gebrannt und dann weiterverkauft, entsteht normalerweise eine weitere Kopie. Das „Original“ verbleibt auf dem Rechner des Ersterwerbers, die Kopie wird an den Zweiterwerber weitergereicht. Zwar ist es technisch möglich, Dateien zu verschieben, ohne dass hierbei eine zweite Datei entsteht[107]. In der Regel werden die Dateien jedoch

---

[105] Dreier/Schulze-Dreier, § 19a, Rn. 11.

[106] Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Hauptband, § 69c, Rn. 31, 36.

[107] Ob diese Möglichkeit besteht, hängt vom Betriebssystem ab. So ist es unter Windows (unter MacOS ist die Ausschneiden-Funktion für solche Handlungen nicht vorgesehen) möglich, eine Datei auf der Festplatte auszuwählen und diese mit dem Befehl „Ausschneiden“ („cut and paste“) vom ursprünglichen Speicherort zu löschen, um sie im Fenster des Brennprogramms wieder einzufügen und zu brennen. Diese Aktion käme einem „Verschieben“ der Datei nahe, dennoch muss die Datei für den Transport in die Zwischenablage des Systems kopiert werden, sodass nicht klar ist, ob man hier im eigentlichen Sinne noch von einer „nicht kopierten“ oder „Original-Datei“ sprechen kann. Praktisch sind die hierbei ablaufenden Prozesse wohl eher so zu verstehen, dass mit der Ausschneiden-Funktion ermöglicht wird, eine Datei zu kopieren, ohne dass die erste Datei weiterexistiert. Dennoch kommt es jedoch auch hierbei zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung, da zumindest für Sekundenbruchteile zwei Werkstücke (eines im Arbeitsspeicher, eines auf der Festplatte) existieren. Anders als bei der Weitergabe eines körperlichen Werkstückes werden immaterielle Werkexemplare daher generell nicht „1:1“ weitergereicht.

nicht verschoben, sondern kopiert[108]. Die digitale Datenverarbeitung auf Computern macht – wie sich hieran zeigt – keine Unterschiede zwischen Original und Kopie. So entstehen auch dann Vervielfältigungen, wenn der Ersterwerber die erworbene Datei verkauft, indem er sie per E-Mail verschickt.

Der Vergleich zeigt, dass sich das diesbezügliche Regel-Ausnahmeverhältnis umgekehrt hat. Man könnte mithin die These aufstellen, dass der Ersterwerber eines immateriellen Vervielfältigungsstücks im Zweifel eher ein Werkstück für seinen Gebrauch zurückbehält als der eines körperlichen Werkexemplars[109]. Dies – so könnte man weiter argumentieren – würde mit einer stärkeren Beeinträchtigung der Interessen der Rechtsinhaber einhergehen.

Dem Argument kann begegnet werden, indem man die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes nur mit der Einschränkung zulässt, dass der Ersterwerber bei der Weitergabe der Datei seine eigene Kopie löschen muss. Wie gesagt sehen einige Stimmen in der Rechtsliteratur hierin die Voraussetzung für eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes[110]. Auf diese Weise würde die potenziell weitergehende Beeinträchtigung der Interessen der Rechtsinhaber ausgeglichen. Denn dem Erwerber eines materiellen Vervielfältigungsstücks ist es ohne weiteres gestattet, beispielsweise seine CD zu kopieren, das Original zu verkaufen und die Kopie zu behalten (soweit diese nicht kopiergeschützt ist)[111].

Gegen eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den hier untersuchten Fall könnten weiter die §§ 53 Abs. 6 UrhG bzw. 96 Abs. 1 UrhG sprechen. Nach § 53 Abs. 6 UrhG ist es einerseits unzulässig, Vervielfältigungen, die (rechtmäßig) zu privaten Zwecken angefertigt wurden, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben. Nach § 96 Abs. 1 UrhG ist das Gleiche für unrechtmäßig hergestellte Vervielfältigungsstücke untersagt. Wenn ein immaterielles Werkexemplar, das rechtmäßig heruntergeladen wurde, zur Weitergabe stets kopiert werden müsste, würden diese Vorschriften grundsätzlich greifen und ihrerseits einer analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes entgegenstehen[112].

---

[108] Auch dann, wenn die Datei auf ein optisches Medium, etwa eine Speicherkarte oder einen USB-Stick, „verbracht" wird, geschieht dies aufgrund der Standard-Routinen der Betriebssysteme durch einen Kopiervorgang. Nur dann, wenn eine Datei auf dem gleichen Speichermedium verschoben wird (also etwa von einem Ordner einer Festplatte in einen anderen), geschieht dies im Normalfall nicht. Hierbei wird die Datei standardmäßig verschoben und nicht kopiert.

[109] Gesichert ist dies natürlich nicht. Denn auch der Erwerber eines materiellen Vervielfältigungsstücks kann dieses – soweit es nicht kopiergeschützt ist – erst kopieren und dann weiterverkaufen. Dies wäre gem. § 53 Abs. 1 UrhG – bei Vorliegen rein privater Nutzungsabsicht – auch völlig legal.

[110] Dies befürwortet jedenfalls Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Hauptband, § 69c, Rn. 31, 36, hierfür auch Dreier/Schulze-Dreier, § 69c, Rn. 24; § 19a, Rn. 11.

[111] Dies gestattet § 53 Abs. 1 UrhG (die sog. Privatkopieschranke), nach dem es gestattet ist, eine Vervielfältigung zu privaten Zwecken anzufertigen, ohne ein eigenes „Original" zu besitzen, allg. Meinung vgl. etwa BGH GRUR 1997, 459/462 – CB-Infobank I). Entsprechend ist es natürlich zulässig, vom eigenen Werkexemplar eine Kopie zu machen und dann das Original (nicht die Kopie!) zu veräußern.

[112] Im Zweifel würde sich dies aus § 96 Abs. 1 UrhG und nicht aus § 53 Abs. 6 UrhG ergeben. Denn eine Vervielfältigung, die nicht für den privaten oder eigenen Gebrauch hergestellt wurde, sondern für den Zweck der Weitergabe des Werks an eine nicht mit dem Hersteller der Kopie persönlich verbundene Person, fällt nicht unter § 53 UrhG. In diesem Fall wäre die Weitergabe der – insoweit rechtswidrigen Vervielfältigung – allein nach § 96 Abs. 1 UrhG untersagt.

Auch mit diesem Problem hat sich die Literatur bereits auseinandergesetzt. Soweit von dieser Seite eine analoge Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes für online übermittelte Werkexemplare befürwortet wird, soll es letztlich nicht darauf ankommen, ob bei der Zweitveräußerung „das Original" oder eine Kopie weitergegeben wird.

Es wäre vielmehr „widersinnig", wolle man aus der Tatsache, dass sich der Erschöpfungsgrundsatz nicht auf das Vervielfältigungsrecht erstreckt, folgern, dass der Rechtsinhaber die „Weiterverbreitung"[113] des Werkstücks zwar nicht mit dem (erschöpften) Verbreitungsrecht, dafür aber mit seinem Vervielfältigungsrecht steuern könne[114]. Insofern wird vertreten, dass sich die Erschöpfungswirkung bei immateriellen Werkexemplaren – entgegen dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 UrhG – nicht auf den Träger, auf dem diese gespeichert sind, sondern auf den Datenbestand beziehe. Sie erstrecke sich mithin auch „auf das für die digitale Weiterveräußerung im Wege der Datenfernübertragung notwendige Vervielfältigungsrecht"[115]. Nach anderer Ansicht soll dies „zumindest dann" gelten, wenn der Erwerber nach den Nutzungsbedingungen des Anbieters berechtigt ist, von dem heruntergeladenen Werk eine Vervielfältigung anzufertigen[116].

Dass eine solche Argumentation nicht unvertretbar ist, zeigt sich an einer Entscheidung, die der BGH in einem anderen Zusammenhang getroffen hat. In dem Urteil „Parfumflakon"[117] heißt es im Leitsatz:

„*Die gesetzliche Regelung in § 17 Abs. 2 UrhG ist Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, daß das Urheberrecht ebenso wie andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren zurücktreten muß. Der zur Weiterverbreitung Berechtigte – hier der Verkäufer von Parfum, das in einem urheberrechtlich geschützten Flakon abgefüllt ist – kann mit Hilfe des Urheberrechts nicht daran gehindert werden, die Ware anzubieten und im Rahmen des Üblichen werblich darzustellen, auch wenn damit eine Vervielfältigung nach § 16 Abs. 1 UrhG verbunden ist.*"

Der Bundesgerichtshof hat mithin anerkannt, dass sich aus § 17 Abs. 2 UrhG ein allgemeiner Rechtsgedanke ableiten lässt und dass dieser es nicht zulasse, urheberrechtlich generell relevante Nutzungen (wie Vervielfältigungen), die im Zuge der Weiterverbreitung üblicherweise vorgenommen werden müssen, dem Verbotsrecht des Urhebers zu unterstellen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass dem Rechtsinhaber ein Instrument zur Unterbindung des Weitervertriebs gegeben wäre, über das er im Interesse der Verkehrfähigkeit der mit seiner Zustimmung in Verkehr gebrachten Waren gerade nicht verfügen soll.

Den genannten Argumenten aus Literatur und Rechtsprechung sind damit zwei grundsätzliche Aspekte zu entnehmen, die bei der Beurteilung der Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz auf die Weiterveräußerung von immateriellen Werkexemplaren

---

[113] Streng genommen kann man hier nicht von einer „Weiterverbreitung" sprechen. Denn bei dem hier untersuchten Fall ist das Werk noch nicht im Rechtssinne verbreitet (sondern öffentlich zugänglich gemacht) worden. Der Einfachheit halber soll der Begriff hier dennoch verwendet werden.

[114] So Dreier/Schulze-Dreier, § 69c, Rn. 25.

[115] So Wandtke-Bullinger/Grützmacher, Hauptband, § 69c, Rn. 36.

[116] Knies, GRUR Int. 2002, 314/316.

[117] Vgl. GRUR 2000, 51.

angewendet werden sollte und ob dies unabhängig davon gilt, dass nicht das Original, sondern ein Vervielfältigungsstück Veräußerungsgegenstand ist, zu berücksichtigen sind:

1. Der Schutz der Verkehrsfähigkeit von mit Zustimmung des Berechtigten im Umlauf befindlichen, urheberrechtlich geschützten Vervielfältigungsstücken ist ein wesentlicher Grundsatz des Urheberrechts.

2. Wie die Verkehrsfähigkeit gewährleistet wird, bestimmt sich weniger nach einem wortwörtlichen Verständnis des geschriebenen Rechts als vielmehr nach der Interessenlage.

Wenn diese ergibt, dass ein maßgebliches Interesse an der Verkehrsfähigkeit auch online erworbener, unkörperlicher Werkstücke besteht, ist eine solche – zur Not auch unter Einschränkung der urheberrechtlichen Befugnisse – zu gewährleisten. Kommt man zu einer solchen Wertung, werden die gleichen Argumente – zuzüglich der darüber hinaus zu berücksichtigenden individuellen Interessen des Erwerbers – auch maßgeblich für die Unwirksamkeit solcher Klauseln sprechen, die zu einer Umgehung der Wertungsentscheidung führen.

Das Argument der erschwerten Authentifizierung der Originale

Gegen die These, dass die Interessenlage an einer Verkehrsfähigkeit des Werkexemplars in beiden Fällen gleich zu beurteilen ist, könnte man vorbringen, dass bei freier Zirkulation von zunächst immateriell in Umlauf gebrachten Vervielfältigungsstücken ein verstärkter Handel mit Raubkopien ermöglicht würde. Wäre diese Gefahr gegeben, würde durch die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes in die Interessen der Rechtsinhaber u. U. wesentlich stärker eingegriffen als in den gesetzlich geregelten Fällen. Eine Erstreckung des § 17 Abs. 2 UrhG, der ja eine Einschränkung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte darstellt, käme dann kaum in Betracht.

Für die Existenz dieser erhöhten Gefährdung urheberrechtlicher Interessen könnte sprechen, dass es bei immateriellen Werkstücken wesentlich weniger eindeutig erkennbar ist, ob sie mit Zustimmung des Rechtsinhabers in Verkehr gebracht wurden oder ob es sich um Raubkopien handelt. Rechtswidrig hergestellte, materielle Werkexemplare unterscheiden sich häufig sichtbar durch mangelhaften Druck von Booklets, Dokumentationen oder Labels. Diese Erkennungsmerkmale fehlen Dateien und selbst gebrannten CDs naturgemäß.

Dem verbotenen Handel mit rechtswidrigen Werkstücken würde – so könnte argumentiert werden – mithin durch die Gestattung einer freien Zirkulation der durch die Nutzer selbst angefertigten Werkträger Vorschub geleistet. Denn der Veräußerer könnte sich im Prozess stets darauf berufen, nicht gewusst zu haben, ob das Werkexemplar zunächst rechtmäßig in Umlauf gebracht wurde. Ein Gegenbeweis wäre dann nur schwer zu führen. Weiterhin könnte angeführt werden, dass auch die Abnehmer beim Handel mit „gebrauchten Dateien“ einer größeren Unsicherheit unterliegen. Denn auch sie können Original und Kopie nicht ohne weiteres auseinander halten[118].

---

[118] Unabhängig von der Qualität (die bei Dateien grundsätzlich keine Rolle spielt) hat der Erwerber ein Interesse daran, eine rechtmäßig vom Rechtsinhaber in Verkehr gebrachte Original-Datei zu bekommen. Denn ansonsten wäre es ihm nach § 96 UrhG untersagt, diese

Zwingend ist diese Argumentation letztlich nicht. Denn die Rechtsinhaber haben durchaus die Möglichkeit, die von ihnen in Umlauf gebrachten Originaldateien kenntlich zu machen oder gar gleich technisch vor Vervielfältigungen und Weiterveräußerung zu schützen. Zur Markierung stehen technische Maßnahmen zur Verfügung, etwa in Form von nachweisbaren digitalen Wasserzeichen oder anderen Individualisierungsmethoden. Auch wäre möglich, die für eine digitale Weiterveräußerung im Zweifel notwendige Vervielfältigung durch Kopierschutzsysteme zu unterbinden. Ein mehr oder weniger sicherer Schutz vor einem Handel mit rechtswidrigen Kopien steht den Rechtsinhabern also auch hier zur Verfügung. Auch wenn hiergegen eingewendet würde, dass solche Schutzmaßnahmen ja umgangen werden können, ist dies letztlich nicht überzeugend. Denn ebenso kann der „Schutz aufgrund des offensichtlichen Anscheins“ umgangen werden, indem Raubkopien hochwertig produziert werden.

Im Übrigen stehen die Rechtsinhaber in Bezug auf technische Schutzmaßnahmen rechtlich sogar besser, da deren Umgehung bereits durch die §§ 95a UrhG untersagt ist.

Eine abschließende Untersuchung aller Argumente, die für oder gegen die Vergleichbarkeit der Interessenlage sprechen könnten, ist hier nicht möglich. Dennoch sollte deutlich geworden sein, dass dies weder per se unwahrscheinlich noch ohne weiteres zu bejahen ist.

Bedenken gegenüber einer analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund der Richtlinie 2001/29/EG

Neben den genannten, auf Wertungsgesichtspunkten basierenden, Aspekten steht einer analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes eine (u. U. zwingende) rechtliche Erwägung entgegen. Diese lässt sich aus Satz 2 des Erwägungsgrundes 29 zur Richtlinie 2001/29/EG (der sog. Information-Society- oder InfoSoc-Richtlinie) entnehmen. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll für eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund der dortigen Formulierung kein Raum mehr bestehen[119].

In der EU-Richtlinie 2001/29/EG wird u. a. das Verbreitungsrecht und der Erschöpfungsgrundsatz für die Mitgliedsstaaten verbindlich geregelt. In dem diesbezüglichen Art. 4 heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern in Bezug auf das Original ihrer Werke oder auf Vervielfältigungsstücke davon das ausschließliche Recht zusteht, die Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise zu erlauben oder zu verbieten.

(2) Das Verbreitungsrecht erschöpft sich in der Gemeinschaft in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke eines Werks nur, wenn der Erstverkauf dieses Gegenstands oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgt.

---

weiterzuverbreiten. Stellt der Veräußerer das für den Erwerber bestimmte Werkstück nur zum Zweck der Weiterverbreitung her, handelt es sich nicht um ein rechtmäßiges, durch eine Schrankenbestimmung gedecktes Vervielfältigungsstück (vgl. § 53 Abs. 6 UrhG).

119 Jaeger, a. a. O. S. 50.

Auf das Verbreitungsrecht, genauer: auf den in Art. 4 Abs. 2 geregelten Erschöpfungsgrundsatz, bezieht sich erläuternd Erwägungsgrund 29, der lautet:

„Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. ***Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind.*** *Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d.h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht."*

Vor allem (der hier hervorgehobene) Satz 2 dieses Erwägungsgrundes ist vorliegend von Interesse, da er anscheinend den vorliegend zu untersuchenden Fall betrifft. Hiernach soll der Erschöpfungsgrundsatz nicht auf Vervielfältigungsstücke zur Anwendung kommen („das gilt auch"), die der Nutzer selbst von einer Datei herstellt, die er über einen Online-Dienst heruntergeladen hat[120].

Nach der o. g. Ansicht in der Literatur sei damit eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes, jedenfalls auf solche Fälle, ausgeschlossen. Es fehle insofern an einer planwidrigen Regelungslücke, da der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft" von den Regelungen der Richtlinie weder habe abweichen können noch wollen. Auch wenn der deutsche Gesetzgeber sich zu der Frage in den Gesetzesmaterialien weder geäußert noch den alten § 17 Abs. 2 UrhG in irgendeiner Form geändert habe, sei dieser (nunmehr) richtlinienkonform auszulegen. Angesichts des klaren Wortlauts des Erwägungsgrundes, der bei der Auslegung heranzuziehen sei, komme eine Erstreckung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht in Betracht[121]. Aus der richtlinienkonformen Auslegung des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie ergebe sich mithin ein Analogieverbot.

Dies wird indes auch anders gesehen. Nach einer anderen Ansicht ist die Richtlinie insofern „unklar, wenn nicht widersprüchlich"[122]. Dies gelte auch und besonders für Erwägungsgrund 29. Es sei fraglich, ob der Gesetzgeber das Ergebnis dieses Erwägungsgrundes und seiner Formulierung tatsächlich bedacht und gewollte habe. Hiernach wird gemutmaßt, dass sich der Erwägungsgrund eigentlich nur auf die Frage

---

[120] Neben dieser Aussage ist der Erwägungsgrund 29 für die vorliegende Frage nicht relevant. Denn dass sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erschöpft, dass also eine heruntergeladene Datei vom Erwerber nicht seinerseits zum Download angeboten darf, ist unstreitig. Die Diskussion in der Literatur geht allein um die Frage, ob sich ausnahmsweise durch ein Angebot zum Download auch das Verbreitungsrecht an Werkexemplaren erschöpft, die vom Erwerber selbst hergestellt wurden. Dieser Fall ist – wie gesagt – vom Wortlaut des § 17 Abs. 2 UrhG nicht unmittelbar erfasst, da hier der Rechtsinhaber kein Werkstück in den Verkehr bringt, sondern nur die Erstellung eines Werkstücks durch den Erwerber gestattet, vgl. Jaeger, a. a. O. S. 50.

[121] Jaeger, a. a. O. S. 50 f. s. a. Fn. 27. Auch Jaeger spricht sich allerdings für die Wertung der h. M. aus und schlägt eine Rechtsänderung de lege ferenda vor.

[122] Knies, GRUR Int. 2002, 314/315 f.

nach der (nicht vorgesehenen) Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung habe beziehen wollen[123].

Ob diese Argumentation für sich genommen weiter führt, ist fraglich. Denn der Wortlaut des Erwägungsgrundes 29 ist zunächst keineswegs als unklar zu bezeichnen.

Durchaus objektiv erkennbar ist jedoch, dass der Erwägungsgrund 29 in der Richtlinie geradezu einen Fremdkörper darstellt, da er eine Selbstverständlichkeit ausdrückt. Ausdrücklich heißt es hier: „*Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt* ***auch*** *für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind.“* Die Formulierung „Dies gilt auch“ bezieht sich auf den vorstehenden Satz und erläutert diesen weiter. Hiermit gemeint ist, dass sich a) das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erschöpft (Satz 1) und b) auch keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eingetreten ist, wenn ein immaterielles Werkexemplar per öffentlicher Zugänglichmachung in Verkehr gebracht wurde[124].

Dies ist offensichtlich, denn Art. 4 Abs. 2 betrifft (nur) den Fall, dass die Erschöpfung an einem vom Berechtigten durch Verbreitung in Verkehr gebrachten, materiellen Werkexemplar eintritt. Der hier geregelte Erschöpfungsgrundsatz gilt damit nur in Bezug auf körperliche Vervielfältigungsstücke („dieses Gegenstands“) eines Werkes, die im Wege der Erstverbreitung in Umlauf gebracht wurden.

Aus der Tatsache, dass die Erläuterung in dem Erwägungsgrund eigentlich überflüssig ist, jedoch zu schließen, dass dieser im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung unbeachtlich wäre, geht sicherlich zu weit. M. E. ist es daher wenig aussichtsreich, auf dieser Ebene zu argumentieren. Es soll daher weiter untersucht werden, ob sich eine Unwirksamkeit des Weiterveräußerungsverbots in den ciando-AGB nicht aus anderen Gründen ergibt, bei denen es auf die Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz analog angewendet werden kann oder nicht, nicht ankommt.

3.1.2.1.2 Unvereinbarkeit von Weiterveräußerungsverboten bei online erworbenen Werkstücken mit den Grundzügen des Eigentums- bzw. Kaufvertragsrechts

Nach einer Ansicht im Schrifttum sollen Weiterveräußerungsklauseln auch in Fällen, in denen der Erschöpfungsgrundsatz nicht zur Anwendung kommt, nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB unwirksam sein[125]. Obgleich beim Online-Erwerb von Geistesgütern (hiernach) der Erschöpfungsgrundsatz nicht greife, verstießen solche Klauseln gegen die grundsätzliche Verfügungsfreiheit des Eigentümers, die das Gesetz etwa nach § 137 BGB

---

[123] Knies, ebd. S. 316, behauptet weiter, dass man bei der EU-Kommission inoffiziell selbst nicht glücklich mit Erwägungsgrund 29 sei und dahin tendiere, „ihn geflissentlich zu ignorieren“.

[124] Bei solcher Lesart würde der Erwägungsgrund nicht im Widerspruch zum normativen Teil der Richtlinie stehen, sondern wäre vielmehr schlicht überflüssig, da er – angesichts Art. 4 der Richtlinie – eine Selbstverständlichkeit ausdrückt. Denn Art. 4 regelt (nur) den Fall, dass die Erschöpfung an einem vom Berechtigen durch Verbreitung in Verkehr gebrachten, materiellen Werkexemplar eintritt.

[125] Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 1051-1053.

schützen wolle. Auch wenn schuldrechtlich wirkende Weiterveräußerungsverbote von dieser Norm gerade nicht erfasst würden, da sie die (dingliche) Verfügungsfreiheit tatsächlich nicht beeinträchtigten, wirkten diese doch mittelbar wie ein Verfügungsverbot, da der Erwerber aufgrund der an eine Vertragsverletzung geknüpften Rechtsfolgen unter „einem gewissen Zwang“ stehe, Veräußerungen zu unterlassen. Hierin liege mithin eine mittelbar wirkende Beeinträchtigung der Verfügungsfreiheit des Eigentümers, die mit den wesentlichen Grundgedanken des Eigentumsrechts unvereinbar sei und daher gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoße.

Dem kann allerdings, jedenfalls in Bezug auf die Frage, ob Weiterveräußerungsverbote beim Erwerb immaterieller Werkexemplare wirksam vereinbart werden können, nicht ohne weiteres beigetreten werden. Zum einen sind die Regeln über das Eigentum, v. a. § 903 BGB, auf „virtuelle Güter“ nicht anwendbar, da sich diese nur auf „Sachen“ i. S. d. § 90 BGB beziehen, unkörperliche Daten jedoch keine Sachen sind[126]. Selbst wenn man dem Erwerber eines unkörperlichen Werkexemplars eine eigentumsähnliche Verfügungsgewalt zusprechen wollte und die Wertungen des § 903 Satz 1 BGB entsprechend heranziehen könnte, würden diese wohl nicht gegen die Wirksamkeit von Weiterveräußerungsverboten sprechen. Denn auch der Eigentümer körperlicher Gegenstände darf nur insoweit mit seinen Sachen „nach Belieben verfahren“, als dem nicht (dingliche) Rechte Dritter entgegenstehen. Hierzu gehört anerkanntermaßen auch das Urheberrecht[127].

Selbst wenn eine Person das Eigentum an einem Gegenstand (oder auch einer Datei), in dem ein geschütztes Werk verkörpert ist, erwirbt, können urheberrechtliche Befugnisse des Schöpfers den Umgang hiermit einschränken[128]. Ergäbe sich aus dem Urheberrecht, dass sich das Verbreitungsrecht bei immateriellen Werkexemplaren nicht erschöpft, hieße dies, dass der Rechtsinhaber auch nach der Veräußerung noch das Recht hat, über die Weiterveräußerung (also eine Verbreitung) zu entscheiden. Ist ihm dieses Recht vorbehalten – etwa da der Erschöpfungsgrundsatz nicht greift –, kann ein schuldrechtliches Verbot, dies zu tun, nicht mit den „wesentlichen Grundgedanken“ des Eigentums in Widerspruch stehen. Die Verwendungsfreiheit des Eigentums wird insofern durch das Gesetz eingeschränkt.

Genau genommen würde ein formularvertraglich auferlegtes Weiterveräußerungsverbot bei Nichtanwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes den gesetzlichen Regelungen sogar entsprechen. Dem Erwerber würde hierdurch nur (schuldrechtlich) untersagt, was ihm aufgrund des Urheberrechts ohnehin nicht gestattet ist. Eine solche Klausel kann gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB keine unangemessene Benachteiligung des Kunden bedeuten.

Unwirksamkeit wegen vollständigen Ausschlusses auch solcher Weiterveräußerungen, die keine urheberrechtlich relevanten Handlungen erfordern

Allerdings könnte eine weiterführende Überlegung gegen die Wirksamkeit des in den ciando-AGB bestimmten Weiterveräußerungsverbots sprechen. Dies ist umfassend formuliert, jede Art der auf Dauer angelegten Weiterveräußerung (die Rede ist von „Weiterverkauf“) wird hierdurch untersagt. Damit werden auch solche Handlungen

---

126 Vgl. nur Palandt-Heinrichs, § 90, Rn. 2.

127 Vgl. etwa BGH NJW 1974, 1381/1382.

128 So darf er einen Gegenstand, in dem ein geschütztes Werk verkörpert ist, etwa nicht beliebig vervielfältigen oder Dritten zugänglich machen (z. B. ausstellen).

untersagt, die möglicherweise gar nicht unter die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte fallen und von der Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz zur Anwendung kommt oder nicht, gar nicht betroffen sind. Ein derart weit gehendes Weiterveräußerungsverbot, das über die urheberrechtlichen Befugnisse hinaus die Weitergabe von unkörperlichen Werkexemplaren verbietet, könnte nicht mit den gesetzlich anerkannten Interessen des Urhebers begründet werden. Insofern könnten wiederum die allgemeinen Grundsätze des Kaufrechts (und damit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) gegen dessen Wirksamkeit sprechen.

Dahinter steht folgende Überlegung:

Aufgrund seiner weiten Formulierung untersagt das Weiterveräußerungsverbot in den ciando-AGB auch, dass die erworbene Datei vom Nutzer in immaterieller Form weitergegeben wird, ohne vorher verkörpert zu werden. Diese Art der Weiterveräußerung ist bei immateriellen Werkexemplaren sogar die nahe liegendste. Dies zeigt sich an folgendem Beispiel:

Der Erwerber eines eBooks bei ciando lädt sich dieses herunter, liest es und versteigert die Datei danach bei eBay. Der Veräußerer schickt dem Erwerber sodann die Datei per E-Mail zu. Alternative: Der Erwerber holt sich die ersteigerte Datei selbst ab, fährt zum Veräußerer und lässt sich die Datei per Datenübertragung (Bluetooth, IrDA, Ethernet) überspielen.

Nahe liegend ist dies v. a., da es für Veräußerer und Erwerber wesentlich einfacher ist, die Inhalte auf diese Weise zu übermitteln. Es besteht angesichts digitaler Datennetze keine Notwendigkeit, eine Datei zunächst auf eine CD zu brennen und dann zu verschicken. Ein „Gebrauchthandel“ mit digitalen Gütern kann nur auf diese Weise von den erheblichen Erleichterungen im Umgang mit unkörperlichen Gütern profitieren.

Nach gegenwärtiger Rechtslage spricht einiges dafür, dass eine solche Vertriebsform nicht durch das Urheberrecht beschränkt wird. Auch ohne die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes käme dann ein Eingriff in die urheberrechtlichen Befugnisse durch unkörperliche, individuelle Weiterveräußerungsvorgänge (v. a. per E-Mail) nicht in Betracht. Dies könnte sich aus Folgendem ergeben:

Durch den Weiterveräußerungsvorgang per E-Mail (Verkäufer schickt dem Gewinner der Auktion die Datei) wird zunächst nicht in das Verbreitungsrecht eingegriffen. Wie oben erläutert, erfasst dies nach ganz h. M.[129] allein den Umgang mit körperlichen Werkexemplaren, nicht aber mit Dateien[130].

Das Vervielfältigungsrecht ist auf den eigentlichen E-Mail-Versand ebenfalls nicht anwendbar. Zwar werden im Zusammenhang mit dem Versand in der Regel urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlungen vorgenommen (siehe hierzu sogleich). Den eigentlichen Akt der Versendung erfasst das Vervielfältigungsrecht jedoch

---

[129] Vgl. nur Schricker-v. Ungern-Sternberg, § 17, Rn. 5 mit vielen weiteren Nachweisen.

[130] Wollte man das Verbreitungsrecht dennoch analog anwenden, wofür sich vereinzelte Stimmen aussprechen (vgl. Hoeren in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 21, Rn. 65), wäre zu berücksichtigen, dass der Erschöpfungsgrundsatz integraler Bestandteil dieses Verwertungsrechts ist. Insofern würde sich wieder das bereits unter Punkt 2.2.1.2 diskutierte Problem stellen, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf immaterielle Werkstücke nach Sicht der EU keine Anwendung finden soll. Auch wäre eine solche Interpretation mit Art. 4 Abs. 1 und 2 der RL 2001/29/EG nur schwer vereinbar.

m. E. nicht, so dass hierin kein Äquivalent zur Regelung des Versandes körperlicher Werkexemplare durch das Verbreitungsrecht zu sehen ist.

Technisch bedingt entstehen beim Versand von E-Mails - wie zumeist beim Umgang mit digitalen Inhalten - üblicherweise Vervielfältigungsstücke[131]. So wird die Datei im Zweifel in den Arbeitsspeicher des Versenderrechners kopiert, im Mail-Versand-Ordner abgelegt, auf einen Online-Server hochgeladen und beim Empfänger dauerhaft gespeichert. Es mag hier zunächst dahinstehen, ob diese Vervielfältigungen ausnahmslos - also einschließlich der Speicherungshandlung beim Empfänger - dem Absender zuzurechnen sind[132].

Selbst wenn derartige Vervielfältigungen technisch bedingt entstehen, sind diese jedoch nicht immer zustimmungspflichtig. Soweit hierfür eine Schrankenbestimmung eingreift, fehlt es letztlich an einem Ausschließlichkeitsrecht, über das der E-Mail-Versand vom Rechtsinhaber untersagt werden könnte[133]. Denn der eigentliche Versand fällt - wie unten noch darzustellen sein wird - m. E. unter keines der urheberrechtlichen Verwertungsrechte.

Für die im Rahmen des E-Mailversandes entstehenden technischen Vervielfältigungen, werden in vielen Fällen Schrankenbestimmungen eingreifen. So geht es in den vorliegend relevanten Fällen in der Regel um den E-Mail-Versand von Dateien durch Verbraucher an Verbraucher. Für die beim versendenden Verbraucher im Arbeitsspeicher oder auf der

---

131 Siehe hierzu oben, Fn. 107.

132 Hierfür Wandtke-Bullinger/Bullinger, Ergänzungsband, § 16, Rn. 3. Hiernach soll der Versender auch Hersteller der auf dem Empfänger-Rechner entstehenden Vervielfältigung (der dort gespeicherten Datei) sein, da er durch den Versand „einen Ablauf in Gang setzt, der bei ordnungsgemäßem Ablauf zur Speicherung des Datensatzes auf der Festplatte des Empfängers führt." A.A. KG Berlin, ZUM 2002, 828/830 - Versendung von Pressespiegeln per E-Mail. Das KG hat diese Ansicht in einer späteren Entscheidung (vgl. KG Berlin, KG, GRUR-RR 2004, 228/231 f. - elektronischer Pressespiegel) aufgegeben und entschieden, dass ein Versand per E-Mail einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht darstelle. Bullinger begründet seine Meinung, ähnlich wie das Kammergericht, damit, dass die beim Empfänger entstehende Vervielfältigungshandlung dem Versender der Mail zuzurechnen sei. Der Versender sorge durch den Versendungsakt unmittelbar für die Entstehung dieses Vervielfältigungsstücks. Denn er rechne damit, dass der Empfänger seine E-Mails herunterlade. Es erscheine daher „gekünstelt, hier eine Vervielfältigung durch den Empfänger anzunehmen". Ob diese Ansicht zutrifft, ist zumindest fraglich. Denn erst wenn der Empfänger seine Mails abruft, kommt es tatsächlich zu dieser Vervielfältigung. Wäre der genannten Ansicht zu folgen, wäre Hersteller einer Vervielfältigung stets derjenige, der durch eine (wenngleich urheberrechtlich unbeachtliche) Handlung eine Kausalkette in Gang setzt, die bei bestimmungsgemäßem Ablauf zu einer Vervielfältigung durch einen Dritten führt. Dies würde z.B. auch auf Hyperlinks zutreffen, da derjenige, der einen solchen Hyperlink setzt, damit rechnen muss, dass ein Dritter, der diesen betätigt, urheberrechtlich geschützte Inhalte auf der verlinkten Webseite vervielfältigt (sei es durch Download einer direkt verlinkten Datei, sei es durch einfaches Browsen auf der Seite, bei dem diese in den Arbeitsspeicher des Nutzerrechners geladen wird). Dieser Argumentation hat der BGH in seiner Paperboy-Entscheidung (vgl. GRUR 2002, S. 902 ff.) eine eindeutige Absage erteilt. Es heißt hier: „Die Beklagten greifen durch das Setzen von Hyperlinks auch dann nicht in Vervielfältigungsrechte ein, wenn die Datei zu der eine Verknüpfung hergestellt wird, ein geschütztes Werk enthält. Durch einen Hyperlink wird das Werk nicht im Sinne des § 16 UrhG vervielfältigt (vgl. ...) Ein Link ist lediglich eine elektronische Verknüpfung der den Link enthaltenden Datei mit einer anderen in das Internet eingestellten Datei. Erst wenn der Nutzer den Link anklickt, um diese Datei abzurufen, kann es zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung - im Bereich des Nutzers - kommen."

133 Dies räumt auch das KG in seiner o.g. Entscheidung ein (siehe (GRUR-RR 2004, 228/232).

Festplatte entstehenden Kopien wird häufig § 53 UrhG einschlägig sein[134]. Denkbar wäre auch, diese Vervielfältigungen gem. § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG dem Besteller (Erwerber) zuzurechnen. Denn der Erwerber wird den Verkäufer in den hier untersuchten Veräußerungsfällen in der Regel anweisen, ihm die ersteigerte oder sonst erworbene Datei per Mail zuzusenden. Von dieser Anweisung sind naturgemäß alle für den Versand erforderlichen (Nutzungs-)Handlungen, also auch die notwendigen Vervielfältigungen. Ist der Erwerber selbst zur Vervielfältigung nach § 53 UrhG berechtigt, darf er diese durch einen Dritten vornehmen und sich das Vervielfältigungsstück übersenden lassen[135].

Ist eine Datei durch ein DRM-System geschützt, können sich Vervielfältigungsrechte für den Versender aus den jeweiligen Nutzungsbedingungen der Anbieter ergeben, die in der Regel erteilt werden[136]. Die Vervielfältigung, die durch den Versand auf dem Mail-Server des Providers entsteht, wird zumeist von § 44a UrhG gedeckt sein[137].

Auch die beim Empfänger entstehende Kopie der Datei wird in vielen Fällen von § 53 Abs. 1 oder Abs. 2 UrhG gedeckt sein. Will man mithin das Vervielfältigungsrecht für den E-Mail-Versand heranziehen, kommt es hierbei stets darauf an, ob die hierbei entstehenden Vervielfältigungen dem jeweiligen Hersteller derselben durch eine Schrankenbestimmung gestattet sind. Ob dies sinnvoll erscheint, ist indes durchaus fraglich. Denn hiermit würde eine erhebliche Verkomplizierung der Rechtslage und massive Rechtsunsicherheiten einhergehen[138].

Greift das Vervielfältigungsrecht - aus welchen Gründen auch immer - indes nicht, fehlt es letztlich an einem einschlägigen Verwertungsrecht. Denn das zunächst für derartige Nutzungshandlungen nahe liegende Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG kann m. E. aus verschiedenen Gründen keine Anwendung finden[139].

Zum einen ist das Versenden einer E-Mail schon keine „Zugänglichmachung" in diesem Sinne. Hierunter wird das Bereitstellen eines Werkes zum interaktiven Abruf in einer Weise verstanden, dass Nutzer „von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl" hierauf zugreifen können. Nach der h. M. zeichnet sich die Zugänglichmachung dadurch aus, dass der Endnutzer bestimmen kann, wann er das Werk abruft und wahrnimmt[140]. Dies ist bei Push-Technologien, wie dem E-Mail-Versand, jedoch gerade nicht der Fall, da der Akt der eigentlichen Übersendung allein vom Versender beeinflusst werden kann.

---

[134] § 53 Abs. 6 UrhG steht dem nicht entgegen, da - wie bereits erwähnt wurde bzw. im Weiteren noch auszuführen sein wird - der E-Mail-Versand keine Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe darstellt.

[135] Vgl. BGH GRUR 1999, 707/709 - Kopienversanddienst; LG München, Urteil v. 15.12.2005, Az. 7 O 11479/04, 27 ff. - SUBITO.

[136] Ein vollständiges Verbot, erworbene Inhalte zu speichern und zu vervielfältigen enthielten die überprüften Angebote in der Regel nicht.

[137] So auch Wandtke-Bullinger/Bullinger, Ergänzungsband, § 16, Rn. 2.

[138] Dies zeigt sich beispielhaft an der hochkomplexen Begründung des Kammergerichts in der Entscheidung „Elektronische Pressespiegel", vgl. GRUR-RR 2004, 229 ff.

[139] So auch Wandtke-Bullinger/Grützmacher, Ergänzungsband, § 69c, Rn. 7; ders. Hauptband, § 69c, Rn. 52; Wandtke-Bullinger/Bullinger, Ergänzungsband, § 19a, Rn. 31; Dreier-Schulze/Dreier, § 19a, Rn. 7.

[140] So etwa Wandtke/Bullinger-Bullinger, § 19a, Rn. 14, 16; Dreier-Schulze, § 20, Rn. 13**;** Hoeren in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 21, Rn. 55 unterscheidet nach Angeboten, die zur gleichzeitigen Wahrnehmung durch die Nutzer ausgestrahlt werden (Sendungen) und solchen, die individuell durch den Nutzer abgerufen werden können.

Zum anderen handelt es sich bei dem individuellen E-Mail-Versand um einen Akt der Individual-, der Punkt-zu-Punkt-Kommunikation und damit nicht um eine öffentliche Wiedergabe[141]. Eine Wiedergabe ist nach § 15 Abs. 3 UrhG nur dann öffentlich, wenn sie „für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist", was auf den Versand einer E-Mail an eine Person nicht zutrifft[142].

Damit scheint zunächst, dass das Urheberrecht, jedenfalls soweit das Vervielfältigungsrecht im jeweiligen Fall nicht greift, in Bezug auf den Individualversand von E-Mails eine Schutzlücke enthält. Da das Urheberrecht aufgrund des sog. „Beteiligungsgrundsatzes"[143] Schutzlücken jedenfalls dann nicht zulässt, wenn dies die wirtschaftlichen Interessen der Urheber merklich beeinträchtigen könnte, stellt sich im Weiteren die Frage, ob ein Schutz sich nicht aus weiteren Erwägungen herleiten lässt.

Ein Schutz könnte sich ergeben, wenn bereits das Angebot, eine Datei per E-Mail zu verschicken, als urheberrechtlich relevante Verwertung qualifiziert würde. Wäre dies möglich, wäre es dem Veräußerer im Beispielsfall untersagt, seine Datei bei eBay anzubieten. Mangels geschriebener Regelungen, die ein solches Verwertungsrecht vorsehen, käme für eine solche Konstruktion jedoch allenfalls eine (m. E. insoweit ausgeschlossene) analoge Anwendung des Verbreitungsrechts in Betracht, denn dies erfasst auch das der Veräußerung vorgelagerte Angebot, das Werkstück zu veräußern[144]. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung erstreckt sich hingegen nicht auf das bloße Angebot und ist – über seinen Wortlaut hinaus – auch kaum auf solche Sachverhalte auszuweiten oder analog anzuwenden.

Hiergegen spricht, dass es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen dürfte. Hätte der Gesetzgeber das Angebot auf ein öffentliches Zugänglichmachen geschützter Werke den urheberrechtlichen Befugnissen unterstellen wollen, wäre dies mit einer Formulierung ähnlich § 17 Abs. 1 UrhG ohne weiteres möglich gewesen.

Abgesehen davon wäre selbst bei einer Erstreckung des § 19a UrhG auf bloße Angebote der öffentlichen Zugänglichkeit der vorliegende Fall nicht erfasst. Denn das Angebot, eine Datei per E-Mail zu schicken, ist kein Angebot, ein Werk öffentlich zugänglich zu machen.

Näher liegt daher, den E-Mail-Versand als sog. Innominatfall zu erfassen. Dies entspräche einer üblichen Rechtspraxis, nach der Schutzlücken aufgrund gesetzlich nicht genannter Verwertungsrechte regelmäßig dadurch geschlossen werden, dass der jeweilige Nutzungsakt unter ein „unbenanntes Verwertungsrecht" subsumiert wird[145]. Hierfür bietet der Katalog der Verwertungsrechte in § 15 UrhG weiten Raum. Denn die einzelnen Verwertungsarten sind nicht abschließend aufgeführt, was der Gesetzgeber dadurch zum Ausdruck gebracht hat, dass es in § 15 Abs. 1 und Abs. 2 UrhG heißt, das Recht umfasse

---

[141] A.A. noch das KG, ZUM 2002, S. 828/831 soweit eine E-Mail an ein Unternehmen gesendet wird und dort mehrere Mitarbeiter Zugriff haben. Ein solcher Fall ist vorliegend nicht untersuchungsrelevant und wird daher nicht näher untersucht.

[142] Gleicher Ansicht LG München, Urteil v. 15.12.2005, Az. 7 O 11479/04, 26 ff. - SUBITO.

[143] Der Beteiligungsgrundsatz besagt, dass der Urheber tunlichst an jeder wirtschaftlich relevanten Nutzung seines Werkes partizipieren soll. Vgl. nur Dreier-Schulze/Dreier, Einleitung, Rn. 19 m.w.Nachw.

[144] Vgl. den Wortlaut des § 17 Abs. 1 UrhG.

[145] Vgl. etwa Schricker-v. Ungern-Sternberg, § 15, Rn. 16 ff. So geschehen etwa bei der aufkommenden Online-Nutzung von Werken, für die, bis zur Reform des Urheberrechts durch den „1. Korb" und der Einführung des § 19a UrhG, ein gesetzlich genanntes Verwertungsrecht nicht bestand.

insbesondere die dort genannten Verwertungsrechte (Vervielfältigungsrecht, Verbreitungsrecht, Senderecht usw.).

Dieser Offenheit gegenüber neuen Verwertungsformen sind jedoch – jedenfalls nach dem Wortlaut von § 15 UrhG – Grenzen gesetzt. Denn hiernach hat der Urheber nur das Recht, sein Werk – in jeder denkbaren Form – körperlich zu verwerten (Abs. 1) und es in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Abs. 2). Dafür, dass diese beiden Grundformen nur beispielhaft genannt sind, bietet der Wortlaut keine Stütze. Denn das Wort „insbesondere" bezieht sich nur auf die hierunter fallenden einzelnen Verwertungsarten[146].

Angesichts dessen wird es in dem besonderen Fall des Versandes einer E-Mail nicht ohne weiteres möglich sein, ein unbenanntes Verwertungsrecht zu konstruieren. Denn hierbei handelt es sich um eine nicht-öffentliche, unkörperliche Wiedergabe und damit weder um eine körperliche Nutzung noch um eine öffentliche Wiedergabe. Wollte man ein solches Recht mit den geltenden Regeln begründen, müsste man sich über den insoweit wohl als eindeutig zu bezeichnenden Wortlaut von § 15 UrhG hinwegsetzen. Die Konstruktion eines Innominatfalls würde zudem das Problem aufwerfen, die auf eine solche Verwertungsart anwendbaren Schranken – und damit den hierüber herzustellenden Interessenausgleich – zu bestimmen. Zwar wird vertreten, dass es auf den Wortlaut des § 15 UrhG insoweit nicht ankomme, der Gesetzgeber dem Urheber vielmehr ein umfassendes Verwertungsrecht habe einräumen wollen[147]. Gleichsam wird jedoch – angesichts der Schrankenproblematik – darauf hingewiesen, dass bei der Annahme von Innominatfällen Zurückhaltung geboten sei[148].

Zu bedenken wäre hierbei weiterhin, dass für die Konstruktion eines Rechts der nicht-öffentlichen Wiedergabe nicht nur die Systematik des Urheberrechts (Unterscheidung von und Beschränkung auf körperliche und unkörperliche Verwertungsrechte) außer Acht gelassen werden müsste, sondern auch die grundlegende gesetzgeberische Entscheidung, die unkörperliche Werkverwertung nur insoweit dem Urheberrecht zu unterwerfen, als sie sich an eine Öffentlichkeit richtet[149].

Abschließend wird es im Zweifel auf eine Wertung ankommen. Führt die aufgezeigte Schutzlücke zu erheblichen Eingriffen in die Interessen von Urhebern und Rechtsinhabern, wird sich ein Rechtsschutz konstruieren lassen, selbst wenn dogmatisch schlüssige Lösungen nicht ersichtlich sind. Ob die Schutzlücke beim E-Mail-Versand tatsächlich erheblich in die schutzwürdigen Interessen der Rechtsinhaber eingreift, ist immerhin fraglich. Soweit diese lediglich eröffnet, unkörperliche Werkexemplare auf unkörperlichem Weg weiterzuveräußern, liegt m. E. kein erheblicher Eingriff vor. Denn hierdurch würde eine den Wertungen des Urheberrechts an sich widersprechende Rechtslage - so diese denn besteht - wieder ausgeglichen. Die Folge wäre schließlich, dass für die Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare die gleichen Regeln gelten würden, die

---

[146] Die genaue Formulierung lautet: „(1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; das Recht umfasst insbesondere ... (2) Der Urheber hat ferner das ausschließliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe). Das Recht der öffentlichen Wiedergabe umfasst insbesondere ...".

[147] So Schricker-v. Ungern-Sternberg, § 15, Rn. 17; Dreier/Schulze-Schulze, § 15, Rn. 10.

[148] Dreier/Schulze-Schulze, § 15, Rn. 10; Schricker-v. Ungern-Sternberg, § 15, Rn. 18.

[149] Insofern gleicht die E-Mail-Übermittlung in der Regel dem Versand eines Briefes oder anderen individuellen Kommunikationsformen, die mit guten Gründen als urheberrechtlich irrelevant angesehen werden.

durch die Anerkennung des Erschöpfungsgrundsatzes im Verkehr mit materiellen Werkträgern besteht. Dass eine Ungleichbehandlung weder sinnvoll noch gerechtfertigt erscheint, wurde oben bereits ausgeführt.

Schlussfolgerung für die Beurteilung des Weiterveräußerungsverbots von ciando

Wäre der Annahme zu folgen, dass eine Weiterveräußerung per E-Mail nicht unter das Urheberrecht fällt, hieße dies, dass das Weiterveräußerungsverbot in den ciando-AGB (u. a.) Weitergaben untersagt, die urheberrechtlich zulässig wären. Für eine Zulässigkeit derartiger Beschränkungen der Verwendungsfreiheit des Erwerbers können insofern weder die urheberrechtlichen Befugnisse noch die Nichtanwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes streiten.

Auch mit Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG könnte man diesbezüglich keine Argumente für eine Zulässigkeit der Klausel entnehmen. Dieser bezieht sich, wie gesehen, nur auf den Fall der Verbreitung materieller Werkträger, ohne dass eine Erstverbreitung durch den Berechtigten stattgefunden hat. Dass das EU-Recht darüber hinaus zum Ausdruck bringen will, dass jede Form der Weiterveräußerung von immateriellen Werkstücken unter das Urheberrecht fallen soll, ist dem Wortlaut des Erwägungsgrundes und der Richtlinie nicht zu entnehmen. Hiergegen spricht maßgeblich, dass die genannten Äußerungen sich nur auf den Erschöpfungsgrundsatz und das Verbreitungsrecht beziehen, die für unkörperliche Weiterveräußerungsvorgänge per Individualkommunikation evident nicht relevant sind.

Wollte man den Erwägungsgrund – über seinen Wortlaut hinaus – derart weit auslegen, würde man diesem einen über den normativen Teil der Richtlinie hinausgehenden Regelungsgehalt zusprechen. Dies wiederum ist ausgeschlossen, da Erwägungsgründe keine normative Wirkung entfalten, sondern rein erläuternde Funktion haben[150].

Zu dem gleichen Ergebnis würde man schließlich - mit anderer Begründung - gelangen, wenn man mit der jedenfalls ehemals ganz h. M. eine Erstreckung des Erschöpfungsgrundsatzes auch auf digitale Werkexemplare annähme.

Unwirksamkeit des § 7 der ciando-AGB gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Vor dem Hintergrund der angestellten Überlegungen spricht letztlich einiges gegen die Wirksamkeit des Weiterveräußerungsverbots in § 7 der ciando-AGB. Eine Unwirksamkeit könnte sich gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergeben, wenn die Klausel den grundsätzlichen Wertungen des Kaufrechts widerspräche.

---

[150] Vgl. den „Gemeinsamen Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission“ (http://europa.eu.int/eur-lex/de/about/techleg/guide/10_de.htm), Punkt 10, in dem es heißt: „Zweck der Erwägungsgründe ist es, die wichtigsten Bestimmungen des verfügenden Teils in knapper Form zu begründen, ohne deren Wortlaut wiederzugeben oder zu paraphrasieren. Sie dürfen keine Bestimmungen mit normativem Gehalt und auch keine politischen Willensbekundungen enthalten.“ In 10.1 heißt es weiter: „Die Erwägungsgründe werden im Gegensatz zum verfügenden Teil so formuliert, dass ihre Unverbindlichkeit deutlich wird.“.

Nach h. M. sind auch auf den Erwerb unkörperlicher Werkexemplare die kaufrechtlichen Bestimmungen anwendbar[151]. Nach § 433 Abs. 1 BGB muss der Veräußerer dem Erwerber die – grundsätzlich – uneingeschränkte Verfügungsmacht und Verwendungsfreiheit über den Kaufgegenstand verschaffen[152]. Dies erfasst, soweit dem nicht ausnahmsweise (Urheber-)Rechte des Verkäufers entgegenstehen, auch die Befugnis zur Weitergabe.

Folgt man der mit guten Gründen vertretbaren Auffassung, dass das Urheberrecht wesentliche, von § 7 der ciando-AGB ebenfalls untersagte, Weiterveräußerungsvorgänge nicht erfasst, spricht m. E. einiges dafür, dass der Erwerber durch die Klausel insofern gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB „unangemessen benachteiligt" wird. Die generelle Wertung, dass Veräußerungseinschränkungen und -verbote hiernach unwirksam sind[153], greift mithin für diesen Fall in vollem Umfang durch[154].

Dieses Ergebnis könnte man auch mit einer Umkehrschluss-Argumentation anhand des Urheberrechts begründen. Ein ausschließliches „Weiterveräußerungsrecht" ist hiernach gerade nicht vorgesehen, vielmehr gilt der Grundsatz, dass der Urheber nach einer mit seiner Zustimmung erfolgten Erstveräußerung die weiteren Veräußerungen eines bestimmten Werkstückes nicht mehr kontrollieren können soll. Im Verkehr mit körperlichen Vervielfältigungsstücken ist ein Weiterveräußerungsrecht somit nicht gegeben[155]. Im Verkehr mit unkörperlichen Werkstücken existiert ein „allgemeines Weiterveräußerungsrecht" ebenfalls nicht, da sich die urheberrechtlichen Verwertungsrechte nicht auf den Tatbestand der Veräußerung, sondern auf die damit verbundene, werkbezogene Nutzungshandlung beziehen. Eine Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare wird mithin nach den obigen Überlegungen wohl nur untersagt, wenn diese mit bestimmten Handlungen, die sich an die Öffentlichkeit richten, einhergehen, wie einer öffentlichen Zugänglichmachung und einer Sendung.

3.1.2.1.3 Zusammenfassung und eigene Einschätzung

Folgt man der – jedenfalls vor Erlass der Richtlinie[156] – herrschenden Ansicht, kommt der Erschöpfungsgrundsatz auch bei per Download erworbenen, unkörperlichen Vervielfältigungsstücken zur Anwendung. Dieser führt zu einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts, sodass der Erwerber ein Trägermedium mit der gekauften Datei erstellen und diese frei weiterveräußern kann. Wäre dem zu folgen, wäre das

---

[151] BGH NJW 1990, 320/321; Palandt-Heinrichs, § 90, Rn. 2; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 110 m. w. Nachw.

[152] Siehe hierzu schon oben, Punkt 2.1.2.1.1. Gleiches gilt über den Verweis in § 453 BGB im Übrigen für den Rechtskauf.

[153] Siehe hierzu oben, Punkt 2.1.2.1.3.

[154] Eine gegenteilige Auffassung wäre m. E. schwer zu begründen. Denn lässt man urheberrechtliche Erwägungen außer Acht, fehlt es ersichtlich an einer Rechtfertigung, den Erwerber eines immateriellen Vervielfältigungsstücks schlechter zu stellen als den eines materiellen Werkexemplars.

[155] Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Erschöpfungsgrundsatz nicht greift, da das Vervielfältigungsstück nicht im europäischen Raum erstmals in den Verkehr gebracht wurde.

[156] Der Meinungsstand könnte mittlerweile anders zu beurteilen sein, da viele Stellungnahmen, in denen man sich für die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes ausgesprochen hat, vor Verabschiedung der Richtlinie 2001/29/EG datieren.

Weiterveräußerungsverbot in § 7 der ciando-AGB im Zweifel gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Dem steht u. U. eine richtlinienkonforme Auslegung von § 17 Abs. 2 UrhG gemäß dem 29. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29/EG entgegen. Greifen diese Bedenken durch, würde ein Weiterveräußerungsverbot, das sich nur auf das o. g. Verbot einer Weiterverbreitung der Dateien auf einem materiellen Datenträger bezöge, weder den urheberrechtlichen noch den kauf- oder eigentumsrechtlichen Grundsätzen widersprechen.

Selbst wenn man dies als zwingendes Argument gegen eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes werten müsste, ergeben sich weitere Aspekte, die für die Unwirksamkeit des Weiterveräußerungsverbots von ciando sprechen. Ist der Ansicht zu folgen, dass die Weiterversendung per E-Mail nicht unter das Urheberrecht fällt, begründet das vorliegend zu prüfende Weiterveräußerungsverbot ein über die urheberrechtlichen Befugnisse hinausgehendes Verbotsrecht. Insofern würde einiges für eine Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB sprechen.

Wie groß die Erfolgsaussichten für ein Vorgehen gegen § 7 der ciando-AGB oder ähnliche Bestimmungen sind, ist dennoch schwer abzusehen. Es ist sicher davon auszugehen, dass die Gerichte auf die Äußerung in Erwägungsgrund 29 der Richtlinie erhebliches Gewicht legen, was es schwer machen wird, die Gegenansicht zu belegen, auch wenn diese noch so prominent vertreten wird oder jedenfalls vertreten wurde und aus Sicht der beteiligten Interessen (m. E.) angemessen erscheint.

Die weiterführende Argumentation, nach der es hierauf aufgrund der Weite des Veräußerungsverbots gar nicht ankommen muss, ist zwar m. E. überzeugend. Ob diese vor Gericht jedoch Bestand hat, ist kaum zu prognostizieren. Dies gilt v. a., da die Gerichte seit jeher eher dazu tendieren, das Bestehen urheberrechtlicher Befugnisse – soweit wirtschaftlich relevant – anzunehmen, auch wenn hierfür gewichtige Bedenken überwunden werden müssen. Der Bundesgerichtshof hat jedoch in verschiedenen Entscheidungen gezeigt, dass letztlich eine Gesamtbewertung entscheidend sein wird. Wie diese ausfallen wird, ist indes angesichts der Vielzahl zu berücksichtigender Faktoren schwer vorherzusehen.

Die Entscheidung, ob man die Frage in einem Musterverfahren klären lässt, ist daher abzuwägen. Immerhin ist diese Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung für die Verbraucherrechte auf dem sich klar in Richtung eines verstärkten Online-Vertriebs (im Wege des Downloads) entwickelnden Entertainment-Marktes.

3.1.2.2 Vertragsstrafeversprechen

Nach § 7 Abs. 3 Satz 2 der ciando-AGB wird eine, durch den Anbieter selbst festzusetzende, angemessene Vertragsstrafe fällig, wenn der Nutzer gegen Marken- oder Urheberrechte verstößt. Diese soll vom Gericht überprüfbar sein. Ob sich diese Klausel allein auf den vorstehenden Satz bezieht, nach dem Urheberrechtsvermerke und Markenzeichen nicht entfernt werden dürfen, ist aufgrund der Systematik des Absatzes wahrscheinlich, aber nicht ganz eindeutig.

Hiervon unabhängig könnte die Klausel gegen § 307 Abs. 1 bzw. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoßen. Das Gesetz wertet Vertragsstrafeklauseln in der Regel als unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 BGB, da sie dem Kunden erhebliche Nachteile aufbürden[157]. Zwar sind Vertragsstrafeversprechen nicht ausnahmslos nach dem Recht über allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam. Dies gilt jedoch zumindest dann, wenn – zumal in AGB, die für Verbraucherverträge eingesetzt werden – hierdurch das Verschuldenserfordernis abbedungen werden soll. Dies ist nur zulässig, wenn bei dem betreffenden Vertragstyp gewichtige Gründe für eine verschuldensunabhängige Haftung vorliegen[158]. Ansonsten ist eine solche Klausel mit dem gesetzlichen Leitbild des § 339 BGB nicht zu vereinbaren und daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam[159].

Das Vertragsstrafeversprechen des § 7 Abs. 3 Satz 2 der ciando-AGB enthält keine Beschränkung auf schuldhafte Pflichtverletzungen. Hier heißt es vielmehr „für jeden Fall der Zuwiderhandlung", woraus man zumindest schließen kann, dass hiermit auch nicht verschuldete Verstöße gegen Urheber- und Markenrechte bzw. die Verpflichtung aus Abs. 3 Satz 1 dieser Klausel gemeint sind. Zwingende Gründe, die eine solch verschuldensunabhängige Vertragsstraferegelung als billig erscheinen ließen, sind nicht ersichtlich. Vielmehr können Verstöße gegen das Urheber- oder Markenrecht nach den gesetzlichen Bestimmungen nur dann Ansprüche auf Schadensersatz begründen[160], wenn sie schuldhaft begangen wurden[161].

Insofern ist die Klausel insgesamt wohl als unwirksam zu bewerten. Trotz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion wird sich diese Unwirksamkeit jedoch im Zweifel nicht auf den gesamten § 7 der ciando-AGB erstrecken[162]. Denn die Vertragsstrafeklausel stellt m. E. eine Klausel mit einem eigenen, v. a. von dem Weiterveräußerungsverbot unabhängigen, Regelungsgehalt dar. Ein Grund für die Unwirksamkeit des gesamten § 7 könnte man lediglich dann erkennen, wenn sich das Vertragsstrafeversprechen auch auf Verstöße gegen die Weiterveräußerungsregelung bezöge. Dies erscheint zwar nicht völlig abwegig, angesichts der Stellung der Vertragsstrafen-Klausel jedoch eher fern liegend.

3.1.3 § 8: Gewährleistung/Haftung

„Die Auswahl des Contents erfolgt in alleiniger Verantwortung des Nutzers. Falls ein Download nicht erfolgreich ablief, hat der Nutzer innerhalb einer Woche Anspruch auf einen zweiten Download des entsprechenden Contents.

---

157 Palandt-Heinrichs, § 309, Rn. 33.

158 So hat der BGH selbst in Bezug auf Unternehmenskaufverträge entschieden, vgl. etwa NJW 1999, 2662/2664 m. w. Nachw.

159 Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1480.

160 Diese Erwägung ist bei der Prüfung von Vertragsstrafeversprechen beachtlich, da die Vertragsstrafe eine Doppelfunktion aufweist und ihr u. a. ein Element des Schadensersatzes innewohnt, vgl. hierzu etwa BGH NJW 1992, 1096/1097.

161 Vgl. § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG, hierzu Schricker/Wild, § 97, Rn. 51; sowie § 14 Abs. 6 MarkenG, hierzu Fezer, Markenrecht, 3. Auflage 2001, § 14, Rn. 513.

162 Durch die Unwirksamkeit des Vertragsstrafeversprechens könnte m. E. lediglich das Verbot der Entfernung von Urhebervermerken und Markenzeichen erfasst werden. Da dies jedoch aus meiner Sicht für den Verbraucher eher nebensächlich erscheint, soll dem nicht näher nachgegangen werden.

Nach erfolgreichem Download ist ein Rücktritt des Nutzers vom Vertrag ausgeschlossen. Gleiches gilt, wenn der Download aufgrund von Umständen scheitert, auf die ciando keinen Einfluß hat - wie z. B. Abbruch des Downloads durch den Nutzer, Abbruch der Netzverbindung des Nutzers. *ciando übernimmt keine Gewähr für Leistungen Dritter.*

Weitergehende Ansprüche des Nutzers, insbesondere wegen entgangenen Gewinns oder Folgeschäden, sind ausgeschlossen, soweit ciando nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat.“

Nach obigen Ausführungen ist auf die Regelungen der ciando-AGB Kaufrecht anwendbar[163]. Gem. § 475 Abs. 1 BGB sind Vereinbarungen, mit denen zum Nachteil eines Verbrauchers von den gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen (§§ 433-435, 437, 439-443) abgewichen werden soll, nichtig[164]. Nach § 437 Nr. 2 i. V. m. § 323 BGB kann der Käufer bei Mängeln der Sache (u. a.) zurücktreten. Gem. § 8 Satz 3 der ciando-AGB ist der Rücktritt vom Vertrag nach einem erfolgreichen Download des jeweiligen Contents ausgeschlossen. Ist die heruntergeladene Datei mit Mängeln behaftet, funktioniert sie etwa nicht oder enthält sie einen Virus, soll sich der Verbraucher mithin nicht auf sein Rücktrittsrecht berufen können. Die Regelung ist nach den §§ 475, 437 Nr. 2, 323 BGB unwirksam.

3.2 Die Nutzungsbedingungen des „Spiegel“

3.2.1 Beschreibung des Angebotes

Neben den herkömmlichen Verlagsprodukten bietet der Spiegel über spiegel-online.de auch verschiedene elektronische Dienste an[165]. Hierzu zählt u. a. das Angebot, einzelne Artikel aus dem Heft „Der Spiegel“ und anderen Publikationen[166] herunterzuladen und zudem die Möglichkeit, das Spiegel-Heft in einer elektronischen Version als sog. E-Paper im Abo oder als Einzelheft zu beziehen. Bei der Bestellung eines Abonnements muss man die Nutzungsbedingungen des „Spiegel“ akzeptieren und sich einen Benutzer-Account einrichten. Die Bezahlung wird per eCash vorgenommen und über Fremdanbieter abgewickelt[167]. Die erworbenen Dateien werden dann auf einem Server zum Abruf durch den registrierten Erwerber bereitgestellt.

---

[163] Siehe Punkt 2.2.1.2.1.2.2.3.

[164] Auch wenn die Nichtigkeitsfolge nicht explizit ausgesprochen wird, ist genau dies die Rechtsfolge einer gegen § 475 Abs. 1 BGB verstoßenden vertraglichen Regelung, vgl. Palandt-Putzo, § 475, Rn. 5.

[165] Als Vertragspartner für dieses Angebot gilt ausweislich der AGB die Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co. KG, Brandstwiete 19, 20457 Hamburg.

[166] Angeboten werden z. B. auch Artikel aus dem Manager Magazin.

[167] In den AGB werden als „Zahlungsstellen“, also Zahlungs- und Abrechnungsdienste, die Deutsche Telekom AG mit dem Zahlungssystem T-Pay, die FIRSTGATE Internet AG mit dem Zahlungssystem FIRSTGATE click&buy™ sowie die WEB.DE AG mit dem Zahlungssystem WEB.cent genannt.

3.2.2 Ziff. 5: Nutzungsumfang

„(2) Der Nutzer ist berechtigt, gegen Entgeltzahlung den jeweils zur Verfügung gestellten Beitrag zu privaten Zwecken zu nutzen und in den Arbeitsspeicher seines Rechners zu kopieren. Dabei ist das Herunterladen sowie die vorübergehende Speicherung zu privaten Zwecken auf einem Computer oder Bildschirm zulässig. Der Nutzer ist zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken (zum Beispiel Ausdruck von Webseiten oder von dem jeweiligen Beitrag) nur zu privaten Zwecken beziehungsweise zu eigenen Informationszwecken berechtigt. Der Nutzer darf darüber hinaus die abgerufenen Beiträge ausschließlich zum eigenen Gebrauch nutzen. Diese Berechtigungen gelten nur, wenn Schutzvermerke (Copyright-Vermerke und ähnliches) sowie Wiedergaben von Marken und Namen in den Vervielfältigungsstücken unverändert erhalten bleiben.

(3) Eine Archivierung ist nur mit folgenden Vorgaben zulässig:

- *die Sammlung darf nur privaten und internen Zwecken des Archivierenden dienen, also ausschließlich der Sicherung des Bestandes und der sog. internen Nutzung;*
- *das Archiv darf Dritten nicht zugänglich sein;*
- *es darf auch nicht dazu dienen, für Dritte Vervielfältigungen herzustellen;*
- *es darf zu keiner zusätzlichen Verwertung der Werke führen.*

*(4) **Für alle weiteren Nutzungen** (unter anderem aber nicht ausschließlich für die Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken einschließlich der Archivierung, **für die Überlassung an oder Verarbeitung durch Dritte** für eigene oder fremde Zwecke oder zur öffentlichen Wiedergabe sowie für die Übersetzung, Bearbeitung, das Arrangement oder andere Umarbeitungen) **bedarf es der vorherigen, schriftlichen Zustimmung des ANBIETERs.** Innerhalb des Services findet sich an geeigneter Stelle ein Hinweis, wo erweiterte Nutzungsmöglichkeiten durch den ANBIETER lizenziert werden können.“*

Auch in den Nutzungsbedingungen des Spiegel-Online-Services findet sich in Abs. 4 ein (zumindest bedingtes) Weitergabeverbot. Während gem. der vorstehenden Absätze die Nutzung zu privaten Zwecken weit gehend der gesetzlichen Befugnisse, v. a. aus § 53 Abs. 1 UrhG, entspricht, wird die Überlassung der erworbenen Dateien an Dritte unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt und zwar unabhängig davon, ob diese im Wege der Leihe, des Vermietens oder der Veräußerung erfolgt.

Nach den obigen Ausführungen in Punkt 2.2.1.2.1.1 ist es bislang ungeklärt, ob Weiterveräußerungsverbote (auch solche mit Zustimmungsvorbehalt), die sich auf per Download erworbene Werkexemplare beziehen, wirksam sind. In Bezug auf die Einzelheiten wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

4 Nutzungsbedingungen/technische Vorgaben durch DRM-Systeme bei Musikdownload-Diensten

4.1 Kurze Darstellung des Musikmarktes

Der Musikmarkt verlagert sich zunehmend auf den Online-Bereich. Eine ganze Anzahl kommerzieller und nicht-kommerzieller Download-Dienste ist mittlerweile auf dem deutschen Markt tätig. Angebote und Leistungen variieren ebenso stark wie die von den Anbietern zur Verfügung gestellten Datenformate und die eingesetzten Kopierschutztechnologien[168]. Typisch und momentan in Deutschland vorherrschend sind klassische Pay-per-Download-Dienste wie iTunes, Musicload oder Sony Connect[169].

Auch die Vorgehensweise bei der Einbeziehung und die Ausgestaltung von Nutzungsbedingungen für die in den Online-Stores erhältlichen Inhalte variiert. Während z. B. Musicload und Sony die Nutzungsmöglichkeiten individuell für den jeweiligen Song definieren, verwendet Apple einheitliche Nutzungsbedingungen für alle hier erhältlichen Inhalte in den allgemeinen Geschäftsbedingungen.

4.2 Die Nutzungsbedingungen von Apple iTunes[170]

4.2.1 Systematik und Einziehung der iTMS-AGB

Der iTunes Music Store (nachfolgend: iTMS) ist nur über die Apple-Software iTunes zu erreichen (kann also nicht über einen Browser gesteuert werden[171]). Zum Erwerb von Musiktiteln aus dem iTMS muss sich der Nutzer zunächst registrieren und einen Account anlegen. Hierbei muss der Nutzer in einem ersten Schritt die allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptieren. Diese sind mit „Dienstleistungsbedingungen" überschrieben. In Ziff. 5 dieser Dienstleistungsbedingungen findet sich folgender Passus:

„*Richtlinien und Regeln: Ihre Nutzung der Dienstleistung sowie hierauf beruhende Einkäufe* ***unterliegen den iTunes Verkaufsbedingungen****, die Sie unter http://www.apple.com/de/support/itunes/legal/policies.html einsehen können, sowie*

---

[168] Mittlerweile sind verschiedene Studien durchgeführt worden, in denen der Online-Musikmarkt eingehend untersucht und analysiert wurde, vgl. etwa die Studie, die im Auftrag des Europäischen Verbraucherverbandes (BEUC) durchgeführt wurde (http://www.vzbv.de/mediapics/online_music_download_services_11_2005.pdf), oder die Studie „Privacy4DRM", die das Fraunhofer-Institut für digitale Medientechnologie im Auftrag des BMBF durchgeführt hat (http://www.datenschutzzentrum.de/drm/privacy4drm.pdf).

[169] Abo-Modelle werden in Deutschland bislang ersichtlich nicht angeboten. Allerdings plant Napster, 2006 auch solche für den deutschen Markt anzubieten.

[170] Der iTunes Music Store wird laut Impressum betrieben von iTunes S.à.r.l., 8 rue Heinrich Heine, L-1720 Luxemburg.

[171] Zwar kann man auf der Apple-Webseite einen Link anklicken, der auf den iTMS verweist. Dieser Link führt jedoch (bei entsprechender Browser-Einstellung) dazu, dass die iTunes-Software und hierin der iTMS geöffnet wird.

sämtlichen Endnutzer-Vereinbarungen oder sonstigen Bedingungen, die zur Nutzung der Dienstleistung erforderlich sind und hiermit integraler Bestandteil dieser Vereinbarung werden. Falls Sie bisher die iTunes Verkaufsbedingungen noch nicht gelesen haben, sollten Sie dies jetzt vornehmen.“

Wie das Verhältnis zwischen den Dienstleistungsbedingungen und den „Verkaufsbedingungen“ verstanden werden soll, wird auf den ersten Blick nicht klar. Der Verweis in Ziff. 5 der Dienstleistungsbedingungen ist verwirrend, vergleicht man den Inhalt der Dienstleistungsbedingungen einerseits und der Verkaufsbedingungen andererseits. „Richtlinien und Regeln für die Nutzung der Dienstleistung sowie hierauf beruhende Einkäufe“ unterliegen – entgegen dem Verweis in den Dienstleistungsbedingungen – keineswegs allein den Verkaufsbedingungen. Vielmehr finden sich Regelungen über die Nutzung des iTMS in beiden Klauselwerken. Während die Dienstleistungsbedingungen ausführliche Bestimmungen über die Nutzung des Dienstes und der erworbenen Inhalte enthalten, finden sich in den Verkaufsbedingungen Einzelheiten über den Verkaufsvorgang an sich (Abwicklung der Bestellung, Zahlung etc.). Bis zu einer Änderung der Verkaufsbedingungen am 10. Oktober enthielten diese sogar – wie auch die Dienstleistungsbedingungen – „Bedingungen zur Nutzung von Inhalten“, die mit den Nutzungsbedingungen in den Dienstleistungsbedingungen nicht vollständig übereinstimmten. Nunmehr wurde diese Klausel in den Verkaufsbedingungen immerhin gestrichen.

Dass Apple beide Klauselwerke als sich ergänzende Teile eines Vertrages ansieht, wird durch den Hinweis in Ziff. 5 der Dienstleistungsbedingungen verdeutlicht, wonach die Verkaufsbedingungen „integraler Bestandteil dieser Vereinbarung“ sein sollen.

Im Folgenden sollen nur die Regelungen in den Dienstleistungsbedingungen untersucht werden, da diese die für den vorliegenden Kontext interessanten Bestimmungen enthalten. Soweit sich Überschneidungen mit den Verkaufsbedingungen oder identische Klauseln mit rechtlich bedenklichem Inhalt auch in dem letztgenannten Klauselwerk finden, wird hierauf hingewiesen.

4.2.2 Einzelne Klauseln

4.2.2.1 Das Weitergabeverbot

„Sie sind lediglich berechtigt, die Produkte für ihre persönlichen, nicht-gewerblichen Zwecke zu verwenden. ***Der Weitervertrieb, die Weitergabe, Übertragung oder Unterlizenzierung ist vorbehaltlich abweichender zwingender gesetzlicher Regeln nicht gestattet.“***

Auch in den iTunes-Lizenzbestimmungen findet sich das nach den gewonnenen Erkenntnissen für Download-Dienste übliche Weitergabeverbot für die erworbenen Inhalte. Wie in Bezug auf § 7 der ciando-AGB stellt sich hier die Frage nach der Wirksamkeit einer solchen Klausel. Auf die Ausführungen in Punkt 2.2.1.2 wird insoweit verwiesen.

Zusätzlich enthalten die iTunes-Nutzungsbedingungen in Abs. 2 einen „relativierenden Klauselzusatz“ mit Hinweis auf entgegenstehende, zwingende gesetzliche Regelungen. Es

wurde bereits ausgeführt[172], dass ein solcher grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit von AGB-Klauseln entfalten kann. Anders als in die oben untersuchten Bestimmungen, könnte die iTunes-Regelung jedoch ausnahmsweise anders zu behandeln sein. Denn nach einer weit verbreiteten Meinung in der Literatur[173] und einer – bisher einzigen – Gerichtsentscheidung[174] sollen relativierende Klauselzusätze ausnahmsweise wirksam sein, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv ungewiss ist, ob eine Klausel angesichts des Standes von Schrifttum und Rechtsprechung noch zulässig ist oder nicht. Als Begründung wird vorgetragen, dass in derartigen Fällen nicht der Verwender, sondern die gesetzlichen Regelungen (v. a. die §§ 305 ff. BGB) Auslöser für die Unklarheit über die Rechtslage seien.

Ob eine solche Argumentation vor Gericht Bestand haben würde, ist fraglich. Dem steht grundsätzlich entgegen, dass der Verwender der AGB mit deren Ausgestaltung in der Regel versucht, von den gesetzlichen Bestimmungen zu seinen Gunsten abzuweichen[175]. Vor diesem Hintergrund erscheint es kaum gerechtfertigt, das Risiko, das mit der Unsicherheit über die Rechtslage bzw. die Vereinbarungen zwischen Vertragspartner und Verwender einhergeht, auf den Vertragspartner zu verlagern. Eine solche Folge ergäbe sich aber, würde man einen relativierenden Klauselzusatz bei unklarer Rechtslage in allgemeinen Geschäftsbedingungen für wirksam erachten.

M. E. sprechen die Argumente, aufgrund deren das Verbot geltungserhaltender Reduktion als allgemeiner Grundsatz des AGB-Rechts anerkannt ist, auch gegen die Wirksamkeit relativierender Zusätze in solchen Sonderfällen. Geschützt werden sollen hierdurch u. a. die Vertragspartner, die es in der Regel nicht auf einen Prozess ankommen lassen werden, sondern die Abwicklung des Vertrages auf der Grundlage der AGB einschließlich unwirksamer Klauseln hinnehmen[176].

Auch wenn man dem Verwender in den hier untersuchten Ausnahmefällen nicht unterstellen kann, dass die Verwendung der unwirksamen Klausel einen objektiv zur Täuschung geeigneten, vorwerfbaren Akt darstellt, ergeben sich aus Sicht der Risikoverlagerung m. E. bessere Argumente dafür, von einer Unwirksamkeit des Klauselzusatzes auch hier auszugehen. Maßgeblich erscheint in diesem Zusammenhang die Frage, wer das Risiko der unsicheren Rechtslage in derartigen Fällen zu tragen hat. Erkennt man relativierende Klauselzusätze bei unsicherer Rechtslage als wirksam an, trägt der Vertragspartner dieses Risiko. Zunächst hat er sich an die vertraglichen Regeln zu halten. Würde er die Wirksamkeit der Klausel gerichtlich überprüfen lassen, liefe er Gefahr, wegen des relativierenden Klauselzusatzes zu unterliegen, da über diesen die Wirksamkeit erhalten bliebe.

4.2.2.2 Nutzungsbedingungen und DRM-System des iTMS

„Sie dürfen die Produkte jederzeit auf bis zu fünf von Apple freigegebenen Geräten nutzen. Sie dürfen die Produkte nur für Ihre persönlichen und nicht-gewerblichen Nutzungszwecke

---

172 S. o. Punkt 2.1.2.1.2.2.

173 Vgl. Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1536 mit vielen weiteren Nachweisen.

174 Vgl. OLG Stuttgart NJW 1981, 1105/1106.

175 Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1538.

176 Palandt-Heinrichs, vor § 307, Rn. 8.

exportieren, (gegebenenfalls) brennen oder kopieren. Sie dürfen Videoprodukte nicht brennen."

Sie sind dazu berechtigt, eine „Audio Playlist" bis zu sieben Mal zu brennen.

Sie haben die Möglichkeit, Produkte aus bis zu fünf verschiedenen Konten gleichzeitig auf bestimmten Geräten, beispielsweise iPod, zu speichern.

Umfang der Nutzungsbedingungen des iTMS

Aus den vorstehenden Absätzen in den iTunes-Nutzungsbedingungen ergeben sich für den Nutzer sowohl die gestatteten Nutzungshandlungen als auch – im gleichen Zuge – die Informationen, welche Nutzungen das iTunes-DRM überhaupt ermöglicht (m. a. W.: was technisch möglich ist). Die gestatteten Nutzungshandlungen lassen sich in drei Kategorien unterteilen. Das Abspielen auf mehreren PCs, das Abspielen auf mehreren mobilen Geräten (hierzu ist zunächst aufgrund des Dateiformats AAC ohnehin nur Apples iPod in der Lage) sowie das Brennen auf CD.

iTunes-Dateien können auf bis zu fünf „aktivierten" Rechnern gleichzeitig genutzt werden. Die Nutzung auf mobilen Endgeräten ist unbeschränkt möglich, allerdings mit der technischen Einschränkung, dass nur iPods und einige wenige Mobiltelefone, die iTunes in einer Handy-Version enthalten[177], das von Apple verwendete, geschützte AAC-Format abspielen können. Ebenfalls uneingeschränkt möglich ist letztlich auch das Brennen der Titel auf CD. Zwar heißt es in den Nutzungsbedingungen, dass es lediglich gestattet sei, eine „Audio Playlist" bis zu sieben Mal zu brennen. Hierdurch wird aber die Befugnis, die einzelnen Titel in veränderter Reihenfolge oder vermischt mit anderen Titeln zu brennen, nicht untersagt. Auch technisch soll dies ohne weiteres möglich sein[178].

Die von iTunes gestatteten Nutzungshandlungen sind – vergleichsweise – eindeutig definiert. Alle Inhalte sind – anders als bei anderen Download-Diensten – in gleicher Weise nutzbar. Dem Nutzer kommt diese Einheitlichkeit zugute, da er nicht vor dem Erwerb eines jeden neuen Songs oder Videos überprüfen muss, in welcher Weise dieser genutzt werden darf.

Umgehungsverbot der Ziff. 9b Abs. 8

„Sie erklären sich damit einverstanden, ***dass Sie weder selbst versuchen noch andere Personen dazu ermutigen oder dabei unterstützen****, Software, die zur Nutzung der Dienstleistung erforderlich ist oder* ***diese Nutzungsbedingungen zu umgehen*** *oder* ***in die Informationen zur Verwaltung von Rechten an den Produkten einzugreifen****,* ***diese zu entfernen oder zu verändern****."*

Ziff. 9c:

„Sie erklären sich damit einverstanden, dass Sie durch den Erwerb von Produkten diese nur gemäß den Nutzungsbedingungen nutzen werden und dass jede sonstige Nutzung der

---

177 Erschienen sind bislang zwei Modelle von Motorola.

178 Vgl. den Vergleichstest von Downloaddiensten in der Zeitschrift c't, Heft 5/2005, S. 146/150.

Produkte eine Urheberrechtsverletzung begründen kann. ***Die technischen Sicherungen sind untrennbarer Teil der Produkte****."*

Auch wenn der Gehalt der Umgehungsverbote nicht ganz klar wird, scheint hiermit doch letztlich zum Ausdruck gebracht zu werden, dass weder „technische Sicherungen" noch Informationen zur Rechteverwaltung umgangen bzw. entfernt werden dürfen. Obgleich eine solche Regelung auf den ersten Blick den §§ 95a, 95c UrhG zu entsprechen scheint, ergeben sich im vorliegenden Fall gewisse Bedenken gegen die Wirksamkeit der genannten Klauseln.

Zunächst erscheint es, als wären die Nutzungsmöglichkeiten, die das DRM-System von iTunes technisch zulässt, mit den rechtlichen Befugnissen aus den Nutzungsbedingungen identisch. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass die iTunes-Software selbst Möglichkeiten eröffnet, das DRM auszuhebeln. Nutzt man diese, ist die Verwendung der Inhalte – technisch gesehen – nicht mehr eingeschränkt.

Will man im iTMS erworbene iTunes-Dateien über die iTunes-Software mit der hier angebotenen Funktion: „Auswahl konvertieren in MP3" in das ungeschützte MP3-Format umwandeln, weigert sich das Programm mit der Meldung, dass geschützte Dateien nicht in ein anderes Format umgewandelt werden können. Eine Konvertierung mit der iTunes-Software ist dennoch ohne weiteres möglich. Brennt man die Songs mit der iTunes-Software auf eine CD, werden diese zunächst in ein Audioformat umgewandelt (AIFF), das sich auf jedem Home- oder Auto-CD-Spieler abspielen lässt. Nach dem Brennen (das über iTunes selbst erfolgt) werden in dem Programm die auf der CD befindlichen Titel angezeigt, der „Brenn-Button" wird zu einem „Importier-Button". Betätigt man diesen, werden die Dateien in ein ungeschütztes MP3-Format umgewandelt und gespeichert und können dann beliebig oft kopiert und auf allen Geräten genutzt werden, die MP3 unterstützen (wie andere mobile Player)[179].

Ob die Mittel zur problemlosen Umgehung des iTunes-DRM von Apple absichtlich oder versehentlich integriert wurden oder diese technisch vorausbestimmt sind, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls ist diese Methode weithin bekannt und drängt sich angesichts der gebotenen Funktionen der Software als ganz normale Nutzungshandlung geradezu auf.

Vor diesem Hintergrund überrascht Klausel 9b Abs. 8, die scheinbar untersagt, solche Handlungen vorzunehmen oder auch nur zu versuchen bzw. Dritte hierzu zu ermutigen. Angesichts der Möglichkeiten, das Rechtemanagement per Standardfunktion von iTunes zu umgehen, erscheint diese Klausel widersprüchlich. Es kann kaum davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Implementierung der „Umgehungsmechanismen" durch Apple selbst um ein Versehen handelt und dem Unternehmen die einfache Möglichkeit, die technischen Schutzmaßnahmen zu entfernen, nicht bewusst ist. Vielmehr erkennt iTunes selbst, wenn es sich bei den in MP3-Dateien umzuwandelnden Dateien um solche aus dem iTMS handelt und fragt sogar nach, ob man die (geschützten) AAC-Dateien wirklich in MP3-Dateien umwandeln will[180].

Zusammengefasst bedeutet dies, dass Apple dem Nutzer eine Software mit normalen Funktionen bereitstellt, ihm die Nutzung dieser Funktionen (Brennen, Konvertieren) jedoch untersagt, soweit hierbei das DRM-System umgangen wird. Dies scheint – angesichts der

---

[179] Vgl. den Vergleichstest von Downloaddiensten in der Zeitschrift c't, Heft 5/2005, S. 146/153.

[180] Vgl. c't, Heft 5/2005, S. 146/152.

Weite der Klausel – selbst dann zu gelten, wenn der Nutzer dies gar nicht bemerkt, weil die Entfernung des DRM automatisch bei Verwendung normaler Funktionen geschieht. Hinzu tritt, dass dem Verbraucher das Konvertieren seiner Dateien nur „zwischen den Zeilen" untersagt wird. Nimmt er die vorbeschriebenen Handlungen mit der ihm vom Anbieter zur Verfügung gestellten Software vor, erkennt aber nicht, dass er die DRM-Maßnahmen dabei entfernt hat, verstößt er gleichwohl gegen die Nutzungsklausel und damit den Vertrag, obgleich er auf dieses Verbot nicht einmal ausdrücklich hingewiesen wurde.

Rechtliche Bewertung: Verstoß gegen das Transparenzgebot?

Da der Nutzer insofern nicht erkennen kann, welche Handlungen ihm nach Ziff. 9b Abs. 8 der Nutzungsbedingungen des iTMS untersagt werden, bzw. da ihm normale Nutzungshandlungen untersagt werden sollen, die die Software selbst vorsieht, verstößt die Klausel m. E. gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Dies gilt zudem angesichts der Weite der Bestimmungen, die dem Verbraucher eine kaum definierbare Pflicht auferlegen, Dritte „nicht zu ermutigen oder dabei zu unterstützen", Software und Nutzungsbedingungen zu umgehen oder Informationen über die Rechteverwaltung zu entfernen oder zu verändern.

Ausschluss der Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 3 BGB

Die Unwirksamkeit der Klausel entfällt m. E. auch nicht dadurch, dass Apple möglicherweise mit der Klausel nur die rechtliche Wertung der §§ 95a, 95c UrhG ausdrücken wollte. Zum einen geht diese mit ihren unbestimmten Hinweisen auf eine wie auch immer geartete Pflicht zur Unterlassung von Versuchen sowie der „Ermutigung" anderer Personen weit über die gesetzlichen Regelungen hinaus. Zudem dürfte § 95a UrhG auf Umgehungshandlungen der beschriebenen Art gar keine Anwendung finden.

Denn eine mit den normalen Mitteln der regulären „Universal-Software" iTunes ermöglichte „Umgehung" dürfte keine rechtswidrige Umgehung i. S. d. § 95a Abs. 1 UrhG sein, da das DRM-System nicht als „wirksam" i. S. d. § 95a Abs. 2 Satz 2 UrhG anzusehen ist. Nicht wirksam in diesem Sinne sind Schutzmaßnahmen, „die in der Praxis keinen nennenswerten wirksamen Schutz erzielen, etwa weil sie schon mit den allgemein verfügbaren Programmwerkzeugen umgangen werden können"[181]. Dies gilt für das iTunes-DRM umso mehr, da hier die Umgehung schon mit den unmittelbar vom Anbieter der Inhalte zur Verfügung gestellten Mitteln ermöglicht wird.

Ein Schutz vor einer weitergehenden oder andersartigen Nutzung der iTunes-Dateien wird daher weder durch technische noch gesetzliche Mittel (Schutz vor Umgehung nach § 95a UrhG) erreicht. Allein aus den Nutzungsbedingungen ergibt sich ein Umgehungsverbot des DRM-Systems. Dies steht mithin mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht im Einklang, sondern erlegt dem Nutzer auf, Umgehungen auch eines nicht-wirksamen DRM-Systems vorzunehmen.

Allein angesichts dieses Umstandes könnte sich eine Unwirksamkeit zudem aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergeben. Der Gesetzgeber hat sich – zurückgehend auf die Richtlinie

---

[181] So Dreier-Schulze/Dreier, § 95a, Rn. 15.

2001/29/EG – bewusst auf den Schutz vor Umgehung von wirksamen technischen Maßnahmen beschränkt. Ob eine AGB-Klausel, die die Umgehung auch nicht-wirksamer technischer Maßnahmen mit diesem Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen vereinbar sein kann, ist sehr fraglich.

4.2.2.3 Änderungsvorbehalte in den iTunes-AGB Ziff. 9c):

„Sie erklären sich damit einverstanden, dass Sie durch den Erwerb von Produkten diese nur gemäß den Nutzungsbedingungen nutzen werden und dass jede sonstige Nutzung der Produkte eine Urheberrechtsverletzung begründen kann. Die technischen Sicherungen sind untrennbarer Teil der Produkte. Die Nutzungsbedingungen regeln Ihre Rechte an den Produkten und gelten ergänzend zu sonstigen Bedingungen oder Vorschriften, die zwischen Ihnen und Dritten vereinbart sein können. ***iTunes behält sich das Recht vor, die Nutzungsbedingungen jederzeit zu ändern.***“

Ziff. 9d):

„Einige Teile der Dienstleistung, der Produkte und der Verwaltung der Nutzungsbedingungen erfordert (sic!) eine fortlaufende Beteiligung von iTunes. Sie sind damit einverstanden, dass Sie, ***wenn iTunes einen Teil der Dienstleistung ändert oder die Dienstleistung einstellt, wozu iTunes nach eigenem freiem Entschluss berechtigt ist****, die Produkte nicht mehr in dem gleichen Umfang wie vor der Änderung oder der Einstellung der Dienstleistung zu (sic!) nutzen können.“*

Ziff. 20:

„Änderungen. iTunes behält sich das Recht vor, ***von Zeit zu Zeit diese Vereinbarung zu aktualisieren, zu überarbeiten, zu ergänzen oder zu verändern und neue oder zusätzliche Vorschriften, Grundsätze, Bedingungen oder Konditionen für Ihre Nutzung der Dienstleistung zu bestimmen.*** *Solche Aktualisierungen, Überarbeitungen, Ergänzungen, Veränderungen und Zusatzvorschriften, Grundsätze, Bedingungen oder Konditionen (insgesamt "Zusatzbedingungen") sind ab sofort gültig und werden integraler Bestandteil dieser Vereinbarung.* ***Ihre fortlaufende Nutzung des iTunes Music Store gilt als Annahme aller Zusatzbedingungen.*** *Sämtliche Zusatzbedingungen werden hierdurch zum integralen Bestandteil dieser Vereinbarung gemacht.“*

iTunes-Verkaufsbedingungen:

„iTunes ***behält sich vor, die Verkaufsbedingungen im iTunes Music Store jederzeit zu ändern.*** *Geänderte Verkaufsbedingungen werden auf unserer Webseite verfügbar gemacht.* ***Die Kunden sind aufgefordert, die Verkaufsbedingungen regelmäßig auf Änderungen zu überprüfen.****“*

iTunes behält sich gleich in verschiedenen Klauseln das Recht vor, die vertragliche Grundlage zum Kunden bzw. die eigene Leistung beliebig zu ändern. Weder ist bestimmt, dass hierfür Gründe angegeben, noch, dass diese Änderungen dem Kunden in irgendeiner Form mitgeteilt werden müssen.

Ein Verstoß gegen die §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 BGB liegt daher nahe. Es wurde an anderer Stelle bereits darauf hingewiesen, dass die Gerichte an Änderungsvorbehalte

strenge Anforderungen stellen. Hinzu kommt ein möglicher Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB wegen der Annahmefiktion im vorletzten Satz von Ziff. 20.

Unwirksamkeit gem. § 308 Nr. 4 BGB

Fraglich ist zunächst, ob eine Unwirksamkeit der Änderungsklauseln oder Teilen hiervon nicht von daher ausgeschlossen ist, dass es sich bei iTunes zunächst um eine kostenlose Dienstleistung handelt. Denn die Dienstleistungsbedingungen betreffen in erster Linie das Angebot des Online-Shops mit all seinen Merkmalen, welcher – solange der Kunde keine Dateien erwirbt – kostenlos ist.

Auch wenn es denkbar erscheint, dass Änderungsvorbehalte, die sich auf rein kostenlose Angebote (seien es Dienstleistungen, seien es Warenangebote) beziehen, weniger strengen Anforderungen unterliegen als solche, die sich auf kostenpflichtige Dienste beziehen, kann iTunes sich m. E. hierauf nicht berufen. Denn die genannten Bestimmungen in den AGB des iTMS wirken sich nicht nur auf die kostenlose Dienstleistung aus, sondern auch auf den – kostenpflichtigen – Erwerb von Dateien.

Dies gilt zunächst für den in Ziff. 9c) enthaltenen Änderungsvorbehalt. iTunes behält sich hiernach vor, die „Nutzungsbedingungen“, die die Leistung des Anbieters hinsichtlich der dem Kunden eröffneten Nutzungsmöglichkeiten der Inhalte regeln, jederzeit (beliebig) zu ändern. Diese Bestimmung betrifft unmittelbar den Umfang der von iTunes gegen das zu zahlende Entgelt erbrachten Leistungen, denn hiernach könnte der Anbieter etwa jederzeit die Anzahl der möglichen Brennvorgänge reduzieren, die Nutzung auf mehreren aktivierten Rechnern verbieten usw.

Gegen die Unzulässigkeit eines solch pauschalen Änderungsvorbehalts kann m. E. auch nicht der denkbare Einwand durchgreifen, dass die AGB stets Einzeltransaktionen, also den jeweiligen Kauf eines Musikstücks oder Videos, betreffen und der Kunde somit stets Verträge abschließen würde, die den jeweils gültigen Nutzungsbedingungen unterliegen. Hiergegen spricht v. a. die Einbeziehungspraxis von iTunes. Auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen wird der Kunde lediglich bei Anlegung eines neuen Accounts hingewiesen. Im Zuge dieses Vorgangs, der dauerhafte vertragliche Beziehungen zu iTunes begründet[182], muss der Kunde die Vertragsbedingungen des iTMS akzeptieren. In diese AGB sind wesentliche Bedingungen über den Einzelerwerb der Musikstücke integriert (in Form der „Nutzungsbedingungen“). Selbst wenn man also – was nahe liegt – den Vertrag über die Nutzung der Dienstleistung von den einzelnen Erwerbsverträgen unterscheiden würde, unterliegen doch beide Verträge denselben allgemeinen Geschäftsbedingungen. Deren Wirkung erstreckt sich daher jedenfalls auch auf die Einzeltransaktionen, die mithin von den Änderungsvorbehalten in den AGB gleichermaßen betroffen sind.

Dass dies auch von iTunes so gewollt ist, unterstreicht die Tatsache, dass im Zuge eines Erwerbs von Inhalten im iTMS weder die Verkaufsbedingungen noch die Dienstleistungsbedingungen angezeigt werden oder gar vom Kunden (erneut) bestätigt werden müssen[183]. Der Schutzgedanke des § 308 Nr. 4 BGB greift daher voll durch. Die

---

[182] Zwischen iTunes und dem Kunden wird ein Vertrag über die dauerhafte Nutzung des Dienstes geschlossen.

[183] Belegt durch Testkauf am 24.11.2005, Album: „Playing the Angel“ von Depeche Mode.

Kunden von iTunes haben ein Interesse daran, dass der Anbieter seine Vertragsbedingungen nicht ohne weiteres, noch dazu ohne dies ausdrücklich vor der jeweiligen Einzeltransaktion kenntlich zu machen, einseitig ändern kann.

Vor diesem Hintergrund kann hinsichtlich der Anforderungen an die Wirksamkeit eines Änderungsvorbehaltes nach oben[184] verwiesen werden. Die genannten Bestimmungen in den iTunes-AGB sind daher im Zweifel gem. § 308 Nr. 4 BGB vollumfänglich unwirksam. Auch aus § 307 Abs. 1 BGB wird sich dieses Ergebnis herleiten lassen.

Unwirksamkeit der § Annahmefiktion im vorletzten Satz von Ziff. 20 gem. § 308 Nr. 5 BGB

Nach Ziff. 20 können Änderungen der Dienstleistung und deren Bedingungen jederzeit von iTunes einseitig vorgenommen werden. Nutzt der Kunde den Dienst weiterhin, soll hiermit die „Annahme aller Zusatzbedingungen“ erklärt werden.

Eine solche Erklärungsfiktion ist nach § 308 Nr. 5 BGB unwirksam, da dem Kunden hier weder eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird (§ 305 Nr. 6 lit. a) BGB) noch der Verwender verpflichtet ist, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die Bedeutung der Weiternutzung hinzuweisen (§ 305 Nr. 6 lit. b) BGB). Die Unwirksamkeit ist umso mehr indiziert, da iTunes sich hiernach nicht einmal verpflichtet, den Kunden auf die Änderungen überhaupt hinzuweisen[185]. Die Verkaufsbedingungen fordern den Kunden sogar auf, „die Verkaufsbedingungen regelmäßig auf Änderungen zu überprüfen“. Tatsächlich wäre eine solche Vorgehensweise für den Kunden auch die einzige Möglichkeit, von Änderungen der Verkaufs- und Dienstleistungsbedingungen Kenntnis zu erlangen. Er müsste diese vor jedem Kauf erneut aktiv aufrufen und auf Änderungen eingehend untersuchen. Ansonsten würde er Gefahr laufen, unbewusst die Annahme für nachteilige vertragliche Änderungen zu erklären, was durch § 308 Nr. 4 und 5 BGB gerade verhindert werden soll.

4.2.2.4 Ziff. 19: Verzicht und Freistellung

„Durch die Nutzung der Dienstleistung erklären Sie sich damit einverstanden, iTunes, ihre Direktoren, leitenden Angestellten, Arbeitnehmern, verbundenen Unternehmen, Erfüllungsgehilfen, Subunternehmern und Lizenzgebern (sic!) ***von allen Ansprüchen freizustellen****, die wegen Verstoßes gegen diese Vereinbarung oder wegen der Ermittlung durch iTunes wegen eines vermuteten Verstoßes oder als Ergebnis einer Entscheidung, dass eine Verletzung dieser Vereinbarung stattgefunden hat, geltend gemacht werden.* ***Sie sind nicht berechtigt****, gegen iTunes, ihre Direktoren, leitenden Angestellten,*

---

[184] Siehe Punkt 2.1.2.1.4.

[185] Zwar findet sich in Ziff. 21 der Dienstleistungsbedingungen folgende Klausel: „Mitteilungen. iTunes kann Ihnen die Dienstleistung betreffende Mitteilungen dadurch übersenden, dass iTunes eine E-Mail-Nachricht an Ihre E-Mail-Adresse oder Briefpost an Ihre Postanschrift versendet, die Sie in Ihren iTunes-Kontoinformationen angegeben haben, oder dadurch, dass sie Mitteilungen auf der Webseite von iTunes Music Store veröffentlicht. Mitteilungen sind sofort gültig.“ Hieraus ergibt sich aber keine Pflicht für iTunes, auf Veränderungen der vertraglichen Bedingungen explizit hinzuweisen. Es ist nicht einmal ersichtlich, ob sich diese Bestimmung überhaupt auf die Änderungsklauseln bezieht.

Arbeitnehmern, verbundenen Unternehmen, Erfüllungsgehilfen, Subunternehmern und Lizenzgebern (sic!) ***Ansprüche geltend zu machen****, die auf der Entscheidung von iTunes beruhen, Informationen oder Inhalte zu entfernen oder deren Verarbeitung abzulehnen, Sie darüber zu informieren, Ihren Zugang zu der Dienstleistung vorübergehend einzustellen oder zu kündigen oder sonstige Maßnahmen zur Ermittlung eines vermuteten Verstoßes zu ergreifen oder sich als Folge von iTunes Entscheidung ergeben, dass eine Verletzung dieser Vereinbarung stattgefunden hat. Diese Verzichts- und Freistellungsklausel findet auf alle Verletzungen Anwendung, die in dieser Vereinbarung beschrieben oder in Betracht gezogen werden.“*

Verstoß gegen das Transparenzgebot

Die Freistellungs- und Verzichtsklausel begegnet aus verschiedenen Gründen rechtlichen Bedenken. M. E. stellt diese jedenfalls einen Verstoß gegen das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in seiner Ausprägung als „Verständlichkeitsgebot“[186] dar. Inhalt und Reichweite der Bestimmung erschließen sich in voller Konsequenz selbst dem mit allgemeinen Geschäftsbedingungen erfahrenen Juristen letztlich nicht. Die Klausel ist derart unbestimmt formuliert und enthält eine solche Vielzahl von zumindest teilweise nicht nachvollziehbaren Anwendungsfällen, dass es dem durchschnittlich verständigen Kunden unmöglich sein dürfte, seine hierin geregelten Rechte und Pflichten und die Folgen seines Handelns zu erkennen. Die Klausel ist daher m. E. in ihrer Gesamtheit unwirksam.

Unwirksamkeit der Freistellungsklausel gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die Freistellungsklausel im ersten Teil der Ziff. 19 scheint überdies eine nahezu grenzenlose Haftungserweiterung für den Kunden zu begründen. Er soll bei Verstößen gegen den Vertrag, nicht nur gegenüber iTunes – als seinem Vertragspartner – haften, sondern auch gegenüber einem unübersehbaren Kreis von Personen, mit denen er vertraglich nicht verbunden ist. Dies scheint sogar zu gelten, wenn den Kunden an einer etwaigen Verletzung der iTunes-Dienstleistungsbedingungen keinerlei Verschulden trifft oder es nicht einmal zu einer solchen gekommen ist („die ... als der Ermittlung durch iTunes wegen eines vermuteten Verstoßes ... geltend gemacht werden“).

Eine solche Bestimmung ist – u. a. wegen der Erweiterung der Haftung auf schuldlose Verstöße – nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam[187].

Anspruchsverzicht

Auch die Verzichtsklausel im zweiten Abschnitt von Ziff. 19 erweckt jedenfalls den Anschein, den Kunden unangemessen zu benachteiligen. Unabhängig vom Rechtsgrund, den gesetzlichen Bestimmungen oder der Anspruchsgrundlage verzichtet der Kunde auf seine Ansprüche. Welche Fälle die Regelung insgesamt betrifft, erschließt sich einem – aufgrund der intransparenten Formulierung – im Einzelnen nicht. Jedenfalls will sich

---

[186] Vgl. zu den Einzelausprägungen des Transparenzgebots Palandt-Heinrichs, § 307, Rn. 21 ff.

[187] So etwa zu Haftungserweiterungen, die eine verschuldensunabhängige Haftung begründen, Palandt-Heinrichs, § 307, Rn. 110. m. w. Nachw.

iTunes hierdurch scheinbar über jegliche, möglicherweise in Frage kommenden, Haftungs- und sonstigen Regelungen hinwegsetzen, die in den aufgeführten Fällen in Frage kommen könnten. Die Klausel dürfte daher auch insofern gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoßen.

4.2.2.5 Ziff. 22: Anwendbares Recht

„Diese Vereinbarung und die Nutzung der Dienstleistung unterliegt Englischem Recht."

Zur Wirksamkeit von Rechtswahlklauseln in Verbraucher-AGB wurde bereits oben, Punkt 2.1.3.5, ausgeführt. Hierauf soll an dieser Stelle verwiesen werden.

4.3 Die Nutzungsbedingungen von Musicload[188]

4.3.1 Beschreibung des Angebotes

Der zweite große, in Deutschland verfügbare Musikdownload-Dienst „Musicload" unterscheidet sich von iTunes erheblich. Dies ist einerseits auf die verwendete technische Infrastruktur (v. a. das eingesetzte DRM), andererseits auf die abweichenden Absprachen des Betreibers T-Online mit den Rechtsinhabern zurückzuführen. Anders als Apple ist es T-Online anscheinend nicht gelungen, mit allen Plattenkonzernen, deren Titel auf dem Dienst gehandelt werden, einheitliche Nutzungsbedingungen auszuhandeln. Dem ist es geschuldet, dass die dem Nutzer eingeräumten Nutzungsrechte von Titel zu Titel variieren. Vor dem Erwerb eines solchen werden die jeweiligen Verwendungsmöglichkeiten unter der Rubrik „Rechte" allerdings deutlich angezeigt. Die Hinweise werden durch Piktogramme veranschaulicht.

Auch bei Musicload handelt es sich um einen Pay-per-Song-Download-Dienst. Um Titel erwerben zu können, muss sich der Nutzer registrieren. In der Eingabemaske für die Registrierung steht am Ende der Hinweis: „*Den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie der Leistungsbeschreibung/Preisliste habe ich zur Kenntnis genommen und ich erkläre mich damit einverstanden*".

Musicload stellt sehr spezielle Anforderungen an die Hardware des Nutzers. Benutzt dieser nicht einen Windows-PC, auf dem der Internet Explorer als Browser und der Windows Media Player als Media-Software installiert sind, ist eine Nutzung von Musicload nicht möglich. Immerhin wird man vor dem Erwerb eines Titels auf die Systemvoraussetzungen hingewiesen. Anscheinend werden diese auch überprüft, was mit einem Macintosh-Rechner getestet wurde. Weist der Nutzerrechner die notwendigen Eigenschaften nicht auf, ist ein Download nicht möglich.

---

[188] Musicload wird betrieben von der T-Online International AG, T-Online-Allee 1, 64295 Darmstadt, Tel.: +49 / 61 51 / 6 80-0, Fax: +49 / 61 51 / 6 80-7 59.

4.3.2 Systematik der allgemeinen Geschäftsbedingungen von Musicload

4.3.2.1 Darstellung der Nutzungsregelungen von Musicload

Auch Musicload beschränkt sich zur Regelung der Nutzungsbedingungen nicht auf ein Klauselwerk, sondern verteilt diese auf zwei Dokumente. Dies sind einerseits die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der T-Online International AG“ und andererseits ein Dokument mit der Bezeichnung „Leistungsbeschreibung/Preisliste“. Weitere Beschreibungen der Leistungen von T-Online, genauer: über die Eigenschaften (Nutzungsmöglichkeiten) der erworbenen Titel, aus den Hinweisen bei Erwerb eines Songs (s. o.).

Die Übersichtlichkeit und Transparenz der Nutzungsbedingungen leidet zudem darunter, dass das „Haupt-Klauselwerk“, die AGB von T-Online, scheinbar ein Universaldokument darstellt, das T-Online für eine Vielzahl von unterschiedlichen Diensten und Leistungen verwendet. Das Dokument ist überaus umfangreich[189] und enthält größtenteils Bestimmungen, die den Nutzer von Musicload überhaupt nicht betreffen.

Dies verwirrt insbesondere aufgrund des Hinweises in der Präambel der T-Online-AGB, in dem es heißt, dass die vertraglichen Beziehungen durch einerseits allgemeine Regelungen in Teil A der AGB und andererseits durch „besondere Bestimmungen“ geregelt werden (Teil B). In Teil A heißt es (Ziff. II), dass sich die vertraglichen Regelungen zwischen dem Kunden und T-Online „aus diesen AGB“ ergäben. Sodann finden sich in Teil A Bestimmungen z. B. über die Installation und Updates von Software (Ziff. 3), Backup-Pflichten des Kunden (3.3), Einstellung von Inhalten (4.2) usw. All diese Regelungen betreffen den Musicload-Vertrag nicht, da der Nutzer keine Software benötigt, um den Dienst zu nutzen. Der Musicload-Shop wird über einen Browser bedient. Der besondere Teil (B), in dem man eigentlich angepasste Regelungen über die Nutzung von Musicload erwarten würde, beginnt in Ziff. 1 wie folgt: „Die T-Online AG stellt dem Kunden den Zugang zum Internet zur Verfügung. Die Einzelheiten der Leistung ergeben sich aus den LB/PL, Sondervereinbarungen oder Online-Anzeigen.“ Es folgen Regelungen über E-Mail-Postfächer, DSL-Anschlüsse und den Verkauf von Hardware. Weder ist in den gesamten AGB ein Hinweis auf den Dienst Musicload zu finden, noch enthalten diese auch nur eine einzige angepasste Bestimmung hierzu.

Das Dokument „Leistungsbeschreibung/Preisliste“ enthält dagegen vor allem eine knappe Beschreibung des Musicload-Dienstes, darüber hinaus jedoch auch – einige wenige – spezielle Regelungen zu dessen Nutzung. Beispielsweise finden sich hier Erläuterungen der technischen Voraussetzungen zur Nutzung des Dienstes, der „Basisleistungen“, des Zustandekommens des Vertrages, der Nutzungsvoraussetzungen und der Preise (dies beschränkt sich auf einen Hinweis auf die jeweils im Angebot genannten Preise). Eine Beziehung zu den AGB von T-Online soll durch einen Hinweis im „Kleingedruckten“ hergestellt werden. Hier heißt es, dass die AGB von T-Online gelten, „soweit in dieser Leistungsbeschreibung/Preisliste keine gesonderten Regelungen getroffen sind“. In Bezug auf den Umfang der Nutzungsmöglichkeiten mit dem erworbenen Content wird unter „Basisleistungen“ ausgeführt, dass dieser so genutzt werden darf, wie im Online-Shop beschrieben. Weitergehende Nutzungen seien nicht gestattet, „auf Punkt 6.6.1 der AGB

---

[189] Die T-Online-AGB umfassen insgesamt 4,5 in kleiner Schrift bedruckte, zweispaltige Seiten.

wird ausdrücklich verwiesen“. Überraschenderweise existiert in den AGB allerdings kein Punkt 6.6.1[190].

Weitere Quer- oder Rückverweise finden sich wiederum in den T-Online-AGB[191].

Scheinbar soll sich der Kunde aus der Fülle unangepasster und möglicherweise passender Regelungen in AGB und „Leistungsbeschreibung/Preisliste“ die für ihn geltenden vertraglichen Bestimmungen heraussuchen. Dies dürfte dem Durchschnittskunden kaum möglich und zudem nicht zumutbar sein, denn neben einer großen Zahl evident unpassender Regelungen finden sich hierin auch solche, bei denen es offen bleibt, ob diese auch für Musicload-Kunden gelten sollen oder nicht.

Wie schwer das Verständnis der Musicload-AGB in der Praxis sein dürfte, mag ein Beispiel verdeutlichen:

Der Nutzer möchte vor dem Erwerb einer Datei bei Musicload wissen, ob er diese hinterher weiterveräußern darf.

Ein Blick in die „Leistungsbeschreibung/Preisliste“ zeigt auf, dass der Umfang der Nutzungsrechte jeweils zu jedem einzelnen Musikstück unter www.musicload.de aufgelistet sein soll. Der Nutzer ruft dort den Titel auf, stellt aber fest, dass die dort zu findenden Angaben lediglich besagen, dass er den Titel unbegrenzt hören, 10x brennen und auf beliebig viele mobile Geräte kopieren darf. Hinweise auf Weiterveräußerungen sind dort nicht zu finden. Möglicherweise heißt das, dass es sich hierbei um eine „darüberhinausgehende (sic!) Nutzung“ handelt, die nach der „Leistungsbeschreibung/Preisliste“ nicht gestattet ist. Möglicherweise heißt das aber auch, dass sich Angaben über den Weiterverkauf aus den AGB von T-Online ergeben sollen, denn diese sollen ja ausweislich des Hinweises in der „Leistungsbeschreibung/Preisliste“ gelten, soweit hier keine gesonderten Regelungen getroffen sind. Mit Glück findet der Nutzer in den AGB Ziff. 4.1, in der es heißt:

„Abruf von Inhalten

Sofern Inhalte von der T-Online AG zur Verfügung gestellt werden, gelten die nachfolgenden Regelungen, soweit sich nicht aus den LB/PL, Sondervereinbarungen oder Online-Anzeigen etwas anderes ergibt. Es ist nicht gestattet, die Inhalte oder Teile derselben zu bearbeiten, zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich wiederzugeben, mit ihnen zu werben oder sie sonst außerhalb des vertraglich bestimmten Zweckes in irgendeiner Form zu nutzen, vorbehaltlich der vorherigen ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung der T-Online AG.“

Hiernach ist es also untersagt, irgendwelche Inhalte, die T-Online zur Verfügung gestellt hat, in irgendeiner Form zu nutzen. Dennoch ergibt sich für den Kunden keine Klarheit hinsichtlich seines Problems, denn die Regelung widerspricht den Angaben in der „Leistungsbeschreibung/Preisliste“ und dem Online-Angebot, nach denen er das

---

[190] Hierin findet sich zwar ein Punkt 6.1. Dieser stellt jedoch nur eine Einleitung über die nachfolgenden Bestimmungen über die Kündigungsfristen dar, wodurch der Verweis ins Leere geht.

[191] Siehe Ziff. II.1, Teil A: „Gegenstand und Bestandteil des Vertragsverhältnisses zwischen der T-Online AG und dem Kunden ergeben sich aus diesen AGB, insbesondere den Besonderen Bestimmungen (B.) und den in den LB/PL, Sondervereinbarungen oder Online-Anzeigen getroffenen Regelungen sowie den dort aufgeführten Leistungen der T-Online AG. Die aktuellen LB/PL können auf der Seite http://www.t-online.de/preise-agb eingesehen werden. Hierauf wird der Kunde ausdrücklich hingewiesen.“.

Musikstück ja zumindest brennen, also vervielfältigen darf. Die Klausel passt also auch nicht, was jedoch gilt dann?

Ähnliche Probleme könnten sich dem Durchschnittskunden (und auch dem geschulten Leser) bei der Frage stellen, welche Pflichten er einzuhalten hat. Hierüber finden sich in der „Leistungsbeschreibung/Preisliste“ keine Angaben, somit gilt der Verweis auf die T-Online-AGB. Hier finden sich u. a. in Ziff. V diverse Klauseln, etwa Ziff. V.2.2:

„Kennwörter/Passwörter dürfen nicht an Dritte weitergegeben werden und sind vor dem Zugriff durch Dritte geschützt aufzubewahren. Sie müssen zur Sicherheit in regelmäßigen Abständen geändert werden. Soweit Anlass zu der Vermutung besteht, dass unberechtigte Personen von dem Kennwort/Passwort Kenntnis erlangt haben, hat der Kunde das Kennwort/Passwort unverzüglich zu ändern. In digitalen Medien dürfen sie nur in verschlüsselter Form gespeichert werden.“

Oder weiter in Ziff. 3.3:

„Backup-Pflicht: Die eingestellten Inhalte sind in regelmäßigen Abständen eigenständig zu sichern (Backup-Pflicht). Der Kunde hat zudem die Pflicht, seine sonstigen Daten regelmäßig zu sichern.“

Offen bleibt die Frage, ob der Musicload-Kunde diese Pflichten einzuhalten hat (was nicht völlig ausgeschlossen erscheint) oder diese für ihn gar nicht gelten.

Es zeigt sich an den genannten Beispielen, dass die Handhabung der Nutzungsbedingungen von Musicload v. a. aufgrund der Unangepasstheit der T-Online-AGB sehr schwierig ist, durch die unbestimmten Quer- und Rückverweise (die ... gelten, wenn hier nichts anderes geregelt ist) weiter erschwert wird und sich die Rechte und Pflichten des Nutzers in mancher Hinsicht letztlich gar nicht klären lassen.

4.3.2.2 Verstoß gegen das Transparenzgebot

Vor diesem Hintergrund verstoßen die gesamten AGB von Musicload m. E. gegen das Transparenzgebot und sind entsprechend gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vollständig unwirksam.

Zwar erkennt der Bundesgerichtshof an, dass die Transparenzanforderungen nicht überspannt werden dürfen und ihre Grenzen haben müssen[192]. In diesem Zusammenhang wurde auch die Wirksamkeit von AGB bestätigt, die zur Regelung von Einzelheiten auf Anlagen[193], Tarif-[194] oder Rahmenverträge[195] verweisen. Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Gesamtregelung verständlich bleibt. Dies scheint mir vorliegend nicht der Fall.

Die Verletzung des Transparenzgebots ergibt sich vorliegend aus verschiedenen Faktoren, die zusammengenommen dazu führen, dass die Rechte und Pflichten des Nutzers keineswegs „klar und durchschaubar“ dargestellt werden, wie der BGH verlangt[196].

---

192 Verschiedene Beispiele aus der Rechtsprechung finden sich bei Palandt-Heinrichs, § 307, Rn. 18.

193 BGH NJW 1996, 2374.

194 BAG NZA 2003, 1207/1208.

195 BGH NJW 2002, 507/508 ff..

196 Vgl. etwa BGH NJW 2000, 651/652; NJW 2001, 2014/2016.

Zum einen dürften die Regelungen daher schon gar nicht wirksam gem. § 305 BGB einbezogen werden können. Zum anderen verstoßen sie m. E. insgesamt gegen das Transparenzgebot.

5 Nutzungsbedingungen von sonstigen Content-Providern, etwa im Mobilfunk (z. B. Klingeltöne, Handy-Spiele) oder Video-on-Demand

5.1 Das Angebot von Jamba!

5.1.1 Benutzerführung des Jamba!-Webshops

Wie allseits bekannt, handelt es sich bei Jamba! um einen der beiden großen Anbieter von Klingeltönen, Logos und sonstigen Mobiltelefon-Inhalten. In der Vergangenheit war Jamba! immer wieder für seine aggressiven und intransparenten Werbepraktiken kritisiert worden[197]. Das Webangebot präsentiert sich dagegen mit transparenter Benutzerführung. Zur Nutzung des Dienstes muss man sich registrieren. Bei dieser Gelegenheit wird auf die AGB hingewiesen, deren Kenntnisnahme man mittels Checkbox (nicht vorab aktiviert) bestätigen muss. Sodann bekommt man eine SMS mit dem Passwort an die vom Nutzer angegebene Handynummer geschickt. Dieses Passwort ist notwendig, um sich anzumelden und die Registrierung abzuschließen. Bei der Registrierung muss der Nutzer nur seine Handynummer angeben. Name, Anschrift oder gar das Alter[198] sind keine Pflichtangaben. Diese kann man auf eigenen Wunsch im persönlichen Bereich „Mein Jamba!" nachtragen.

Ein Kauf ist mit der Registrierung nicht verbunden, den für die Registrierung momentan ausgelobten Gratis-Klingelton kann man ohne Eingehung weiterer Verpflichtungen herunterladen. Vor dem Erwerb weiterer Töne wird man auf die verschiedenen Erwerbsmodelle hingewiesen. Möglich sind sowohl ein Einzelerwerb mit Abrechnung über die Telefonrechnung als auch ein Abo-Modell, das monatlich 4,99 Euro kostet. Hierfür bekommt man eine gewisse Anzahl an Tönen, Logos usw.[199]

Intransparenzen sind insofern nicht zu erkennen. Man wird stets darauf hingewiesen, was man zu welchen Konditionen erwirbt, was dies kostet, ob es sich um ein Abo oder einen Einzelerwerb handelt usw. Die Einzelheiten des Abonnements ergeben sich freilich aus den AGB, auf die auch vor Abschluss eines solchen noch einmal hingewiesen wird.

---

[197] So ist auch der vzbv bereits gegen Jamba! vorgegangen, vgl. http://www.heise.de/newsticker/meldung/63299.

[198] Vor jedem Erwerb wird im mittleren Frame der Webseite, in relativ kleiner Schrift darauf hingewiesen, dass Minderjährige die Einwilligung eines Erziehungsberechtigten benötigen.

[199] Zur Beschreibung der Abo-Option heißt es: „An meine Handynummer verschicken und WENIGER bezahlen. Ja, ich will sparen und erhalte 3 polyphone Klingeltöne + 15 Megalogos + 9x Handy Software + WAP-Inhalte + SMS-Musiknews für insges. nur € 4,99 / Monat als Guthaben (Credits) auf www.jamba.de oder per SMS (Sende dazu "SilberListe" an 33333) im Silber-Paket/Sparabo.1) Mit dem Klick aktivierst du das Sparabo und kannst sofort alle Vorteile nutzen. Es gelten die AGB der Jamba! GmbH. Stop: Sende stopwebsilber an 33333. Nicht genutztes Guthaben bleibt dir erhalten. Mehr Infos Bestellung über Mobilfunkrechnung. Nach Klick auf den Button schickt Jamba! dir per SMS eine Download PIN!".

5.1.2 Die allgemeinen Geschäftsbedingungen von Jamba!

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen sind dagegen nicht im eigentlichen Sinne als übersichtlich oder leicht durchschaubar zu bezeichnen. Vor allem die Klausel, aus der sich die Einzelheiten des Vertragsschlusses ergeben, lässt diesbezüglich zu wünschen übrig. Diese erstreckt sich, kopiert man sie in ein normal formatiertes Word-Dokument bei Schriftgröße 12, auf fast zwei DIN-A4-Seiten. Aus Transparenzaspekten problematisch erscheinen v. a. die vielen Verweise auf den „vom Kunden gewählten Abonnementstyp" oder Ähnliches. Angesichts der Tatsache, dass die weitaus meisten Kunden von Jamba! Minderjährige oder junge Erwachsene sein dürften, ist die Wirksamkeit der Universalregelung in Ziff. 2, in der die Einzelheiten aller Arten von Angeboten, Verträgen und Leistungen geregelt sind, zumindest fraglich.

Neben den AGB ergeben sich weitere Einzelheiten zu den konkreten Angeboten - v. a. den Abos - aus den Hinweisen, die vor Bestellung auf der Webseite angezeigt werden.

5.1.3 Einzelne Klauseln

5.1.3.1 Änderungsvorbehalte

Präambel

„Durch Ihren Zugriff auf und/oder die Nutzung dieser Web- oder WAP-Seiten oder der Produkte von Jamba! wie z. B. SMS oder MMS für Mobiltelefone erklären Sie sich mit den nachstehend aufgeführten Nutzungsbedingungen einverstanden.

Wir behalten uns vor, diese Nutzungsbedingungen jederzeit und ohne Nennung von Gründen zu ändern. Die geänderten Bedingungen werden Ihnen dann per E-Mail zwei Wochen vor ihrem Inkrafttreten zugesandt. Wenn Sie innerhalb von zwei Wochen nach Empfang der E- Mail nicht widersprochen haben, gelten die geänderten Bedingungen als angenommen. Wir werden Sie in der E-Mail, die die geänderten Bedingungen enthält, auf die Bedeutung der Zweiwochenfrist gesondert hinweisen."

Ziff. 2

„*Die Abonnement-Angebote können jederzeit Änderungen unterliegen. Erweiterungen wie Einschränkungen auch bei laufenden Abonnements hinsichtlich Inhalten und Preisen bleiben vorbehalten, z. B. bei Erhöhung von Kosten für Inhalte, Dienste oder Transport.*"

Das Verhältnis der beiden, in den Jamba!-AGB enthaltenen, Änderungsvorbehalte ist wie auch manch andere Regelung in dem Klauselwerk nicht auf den ersten Blick deutlich. Die Bestimmung in der Präambel ist so umfassend formuliert, dass hierauf gestützte Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichermaßen eine Leistungsänderung nach sich ziehen können[200]. Angesichts dessen hat die Klausel in Ziff. 2 wohl nur präzisierenden Charakter. Dennoch bleibt unklar, ob bei den speziellen, in Ziff.

---

[200] Die allgemeinen Geschäftsbedingungen definieren die Leistungspflichten. Werden diese in bestimmten Punkten geändert (wie v. a. Ziff. 2, in der die Regelungen über Abonnements getroffen sind), geht dies unmittelbar mit einer Änderung der vom Nutzer beanspruchbaren Leistungen einher.

2 genannten, Änderungen an Abonnement-Angeboten und laufenden Abonnements die in der Präambel beschriebene Selbstverpflichtung von Jamba! zur Aufklärung des Kunden auch in den Fällen der Ziff. 2 bestehen soll. Ansonsten wäre die Klausel wohl schon von daher unwirksam, da Jamba! hiernach die Möglichkeit hätte, unmittelbar wirksam werdende Änderungen seiner Leistungen oder der Abreden gegenüber Abonnements-Kunden vorzunehmen, ohne den Kunden hierauf auch nur hinzuweisen.

Dies kann letztlich dahinstehen. Jedenfalls entsprechen die Änderungsvorbehalte von Jamba! insgesamt den bereits dargestellten[201] Anforderungen, die der BGH an die Wirksamkeit solcher Regelungen gestellt hat, nicht.

Durch die Bestimmungen wird es dem Unternehmen ermöglicht, jegliche Art von Änderungen an den AGB vorzunehmen. Diese können etwa Preise oder Abonnements-Vereinbarungen, aber auch z. B. die Nutzerpflichten nach Ziff. 3 betreffen. Es soll ausdrücklich möglich sein, auf bestehende Verträge nachträglich durch Änderungen einzuwirken. Dies gilt jedenfalls nach Ziff. 2a) für Abonnements-Kunden, deren Leistungsansprüche (etwa die Zahl der für den Abo-Preis erhältlichen Klingeltöne) jederzeit verändert werden können.

Es mangelt den Regeln daher an jeglicher Konkretisierung auf bestimmte, dem Vertragspartner zumutbare Änderungen. Dies gilt m. E. trotz des Versuchs einer Konkretisierung in Ziff. 2a), wonach bei laufenden Abonnements nur Änderungen in Bezug auf „Inhalte und Preise“ zulässig sein sollen. Während der Bezug auf Preise noch eindeutig erscheint, bleibt völlig offen, was mit „Änderungen hinsichtlich Inhalten“ gemeint sein kann. Die Formulierung ist so unpräzise, dass hiernach auch möglich erschiene, dass der Nutzer nach einer Änderung der AGB nicht mehr Handyinhalte, sondern fortan nur noch eBooks und Computerprogramme für seine Abo-Gebühren erhält.

All dies entspricht den Anforderungen an Änderungsklauseln, die die Rechtsprechung stellt, nicht. Der Kunde muss vielmehr vorhersehen können, in welchen Bereichen er mit Änderungen zu rechnen hat[202]. Auch sind Anpassungsklauseln, aufgrund deren der Verwender in die Lage versetzt wird, den Kunden nach Vertragsschluss schlechter zu stellen, schon per se gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam[203].

Neben § 307 Abs. 1 BGB ergibt sich die Unwirksamkeit im Zweifel auch aus § 308 Nr. 4 BGB. Denn die Klauseln sind so weit gefasst, dass sie (teils sogar ausdrücklich) Jamba! auch das Recht einräumen, die Leistungspflichten beliebig zu ändern (betrifft wiederum v. a. Abo-Kunden).

Im Übrigen erscheint die Wirksamkeit der Erklärungsfiktion in der Präambel („*Wenn Sie innerhalb von zwei Wochen nach Empfang der E-Mail nicht widersprochen haben, gelten die geänderten Bedingungen als angenommen.“)* angesichts der äußerst kurz bemessenen Widerrufsfrist von zwei Wochen zumindest hinsichtlich der Vereinbarkeit mit § 308 Nr. 5 BGB bedenklich. Ob eine Unwirksamkeit zu bejahen ist, hängt allerdings von den Umständen des Einzelfalls ab. So können Widerrufsfristen, je nach Bedeutung der Erklärungsfiktion für den Kunden, von 1-2 Wochen zwar ausreichen[204]. Dies gilt jedoch nur,

---

201 Siehe oben, Punkt 2.1.2.1.4.
202 BGH NJW 1999, 1865/1866.
203 So der BGH in NJW 1999, 1865.
204 Palandt-Heinrichs, § 308, Rn. 26. Hier heißt es, dass die unterste Grenze bei 1-2 Wochen liege. Bei Zinsanpassungsklauseln sind 2 Wochen zu gering bemessen, vgl. LG Dortmund NJW-RR

wenn die Frist ausreicht, um dem Kunden die Möglichkeit zu geben, über die Änderungen nachzudenken, sich gegebenenfalls zu erkundigen, eine bewusste Entscheidung zu treffen und diese auch noch fristgemäß mitzuteilen[205]. Vor diesem Hintergrund erscheint die Widerspruchsfrist recht kurz bemessen. Allerdings ist zu bedenken, dass bei E-Mails für die Zustellung von Erklärungen keine nennenswerten Zeiträume veranschlagt werden müssen[206].

Weiterhin scheint fraglich, ob die Erklärungsfiktion der Anforderung in § 308 Nr. 5b) BGB entspricht. Hiernach muss der Verwender den Kunden bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinweisen. Zwar enthält die Bestimmung in der Präambel (anders als die in Ziff. 2 der Jamba!-AGB) den Hinweis, dass nach nicht erfolgtem Widerspruch die neuen Vertragsbedingungen gelten. Damit sind aber nur die Folgen <u>einer</u> möglichen Variante des Verhaltens des Kunden erläutert. Was passiert, wenn er widerspricht – also ob der Vertrag dann mit unveränderten Bedingungen weiterläuft, ob der Kunde die Kündigung fürchten muss oder gar selbst kündigen kann o. Ä. –, wird nicht geregelt.

5.1.3.2 Ziff. 2: Vertragsabschluss

„a.

Jamba! bietet verschiedene Vorgehensweisen zur Bestellung von Produkten an. Die Vorgehensweisen zur Bestellung werden in Verbindung mit dem jeweiligen Produkt detailliert in den Produktkatalogen im Internet, in Printbroschüren, im WAP oder in anderen Medien beschrieben.

Jamba! bietet Produkte als Einzel-Download im Einzelkauf oder als eine bestimmte Anzahl von Credits (Bundles) für Einzel-Downloads im Rahmen eines erneuerbaren Abonnements an.

Mit Anforderung eines Produktes per Einzelabruf gibt der Nutzer ein bindendes Angebot über die Inanspruchnahme des ausgewählten Produktes zum jeweils gültigen Preis ab. Mit der Annahme des Angebots durch Jamba! durch a) den Versand des Produktes an den Nutzer (z. B. Übermittlung eines Klingeltons, Übermittlung einer SMS-Info News) oder b) durch die Ermöglichung des Download des Produktes durch den Nutzer (z. B. durch Versand eines WAP-Push-Links oder einer Download PIN) oder c) die Freischaltung des Zugangs zu diesem Produkt für den Nutzer (z. B. durch Freischaltung der MSISDN für dieses Produkt) kommt zwischen Jamba! und dem Nutzer ein Vertrag zustande.

Die Laufzeit des Abonnements beträgt zunächst einen Monat. Der Abonnementsvertrag und die Laufzeit des Abonnements verlängern sich jeden Monat um jeweils einen weiteren

---

1986, 1170/1171. Der BGH hat entschieden (NJW 1999, 1865/1866), dass eine Widerrufsfrist von einem Monat bei Ersetzungen von Versicherungsbedingungen zu kurz seien, da der Versicherungsnehmer hier u. U. zu wenig Zeit habe, sich Rechtsrat einzuholen.

[205] Vgl. MüKo-Basedow, § 308 Nr. 5, Rn. 12.

[206] Hinderlich erscheint indes wiederum, dass die AGB keine E-Mail-Adresse nennen, an die solche Erklärungen abgegeben werden können. So muss der Nutzer sich aus verschiedenen denkbaren Mailadressen, die er sich auf der Webseite zusammensuchen kann, die richtige aussuchen.

Monat. Der Abonnementsvertrag bleibt wirksam bis er gekündigt wird. Die Jamba! Monatspakete/Sparabos (Abonnement-Vertrag) beinhalten eine vorgegebene Anzahl an so genannten Credits, welche zum Download und Empfang von bzw. Zugang zu Handy-Produkten für einen monatlichen Gesamtpreis berechtigen. Der Kunde erhält aufgrund eines Jamba! Monatspakets/Sparabos jeden Monat ein Download-Guthaben in Form von "Credits" in seinem Kunden-Konto aufgebucht. Art und Anzahl der Credits richten sich nach dem vom Kunden gewählten Abonnementstyp. Die Einräumung der Credits und Bereitstellung dieser Download-, Empfangs- und Zugriffsmöglichkeit wird zu einem monatlichen Gesamtpreis angeboten. Der Gesamtpreis ist jeden Monat im Rahmen eines ungekündigten Abonnementverhältnisses fällig und zwar unabhängig davon, ob und wie der Kunde das Angebot nutzt; die Gegenleistung für den monatlichen Gesamtpreis ist allein die monatliche Einräumung der Berechtigung zum Download und Empfang von Produkten, also die Zurverfügungstellung der jeweiligen Download-, WAP- und SMS-Dienste-Guthaben in Form von Credits. Im Falle von Credits für Downloads reduzieren nur tatsächlich downgeloadete Produkte (z. B. polyphone Klingeltöne, Farbwallpaper etc.) die Anzahl dieser Credits, d. h. werden als Einlösung eines oder mehrerer Credits gewertet und reduzieren so die Gesamtzahl an Produkten, zu deren Download der Kunde im Rahmen eines Jamba! Monatspakets/Sparabos berechtigt ist. Je nach vom Kunden gewählten Abonnementstyp werden die in einem Abrechnungszeitraum (1 Monat) ungenutzt gebliebenen Credits entweder in den nächsten Abrechnungszeitraum übertragen und verbleiben auf dem Kundenkonto bis sie genutzt werden bzw. der Abonnementsvertrag durch Zeitablauf endet oder durch Kündigung beendet wird oder verfallen am Ende des entsprechenden Abrechnungszeitraums. Wird die entsprechend dem Abonnementsvertrag zur Verfügung gestellte Anzahl von zum Download von Handy-Produkten berechtigenden Credits für den Abrechnungszeitraum überschritten, zahlt der Kunde für die zusätzlichen Downloads den in Verbindung mit den entsprechenden Produkten angegebenen Einzelverkaufspreis.

Der Abonnementvertrag mit Jamba kommt mit Anforderung eines Produktes aus einem Abonnement-Angebot durch den Nutzer und a) Versand des ersten Produktes aus einer vom Nutzer abonnierten Rubrik (z. B. Übermittlung eines Klingeltons, Übermittlung einer SMS-Info News) oder b) Ermöglichung des Download (sic!) dieses Produktes durch den Nutzer (z. B. durch Versand eines WAP-Push-Links oder einer Download PIN) oder c) die Freischaltung des Zugangs zu diesem Produkt für den Nutzer (z. B. durch Freischaltung der MSISDN für dieses Produkt) zustande. Dieser ist auf unbestimmte Dauer geschlossen und wie in Paragraph 6 bzw. auf der Webseite angegeben kündbar oder ist auf eine bestimmte Mindestlaufzeit abgeschlossen, worauf dann im Einzelfall gesondert hingewiesen wird. Die Abonnement-Angebote können jederzeit Änderungen unterliegen. Erweiterungen wie Einschränkungen auch bei laufenden Abonnements hinsichtlich Inhalten und Preisen bleiben vorbehalten, z. B. bei Erhöhung von Kosten für Inhalte, Dienste oder Transport. Credits können grundsätzlich nur in Jamba!-Produkten eingelöst werden.

Sofern der Nutzer im Handel ein Jamba!-Produkt, wie z. B. eine Jamba! Prepaid-Box, Jamba! Box, Jamba! Spiele-Box oder sonstige nicht über elektronische Medien vertriebene Produkte direkt oder über Dritte erwirbt, kommt ein Vertragsschluss auf Grundlage dieser Nutzungsbedingungen bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs des Produktes zustande. Mit Bestellung und Nutzung eines Produktes willigt der Nutzer zudem ein, dass Jamba! seine MSISDN zur Personalisierung, Abrechnung und Lieferung des jeweiligen Produktes erhält

und auch, soweit zur Lieferung, Abrechnung und Personalisierung der Produkte erforderlich, an Dritte weitergeben kann.

Jamba! behält sich das Recht vor, missbräuchliche Nutzeranfragen zurückzuweisen.

b.

Jamba! bietet für verschiedene Produkte je nach Bestellweg verschiedene Zahlungsmöglichkeiten an, darunter zum Beispiel die Abrechnung über Credits, die Festnetz- oder Mobiltelefonrechnung, per Prepaid-Guthaben, per Kreditkarte, per Banküberweisung, per Lastschrift/Bankeinzug oder über sein Jamba!-Nutzerkonto. Die Zahlungsmöglichkeiten werden im Rahmen der Bestellung des konkreten Produktes erläutert. Guthaben und Credits auf dem Jamba!-Nutzerkonto können nur in Jamba!-Produkten eingelöst werden. Die jeweiligen aktuellen Endpreise für die verschiedenen Abonnementsverträge einschließlich Mehrwertsteuer und eventuell anfallende zusätzliche Kosten werden in Verbindung mit den entsprechenden Produkten und dem gewählten Bestellweg jeweils konkret genannt.“

Die Regelung scheint auf den ersten Blick allein wegen ihrer Länge und des Versuchs, alle Angebote und Leistungen von Jamba! in einer Klausel zu regeln, intransparent. Allerdings ist zuzugestehen, dass sich die Regelungsinhalte dem aufmerksamen Leser bei konzentrierter Ansicht erschließen. Angesichts des Umstands, dass bei der Beurteilung, ob eine Regelung dem Transparenzgebot entspricht, auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen ist[207], mag diese hiermit gerade noch vereinbar sein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass jeder Nutzer bei Bestellungen aus dem Web-Shop auf die AGB hingewiesen wird und er diese dann – anders als bei der Verwendung derartiger Bestimmungen in einer Fernsehwerbung – ausdrucken oder am Bildschirm lesen kann.

5.1.3.3 Ziff. 3c): Rechte und Pflichten des Nutzers

„Alle Produkte von Jamba! unterliegen dem Urheberrechtsschutz und dem Markenrechtsschutz. Der Nutzer ist berechtigt, die Produkte auf seinem Mobiltelefon zu speichern. Eine anderweitige Speicherung, insbesondere die Übertragung auf ein anderes Mobiltelefon, ist unzulässig. Ebenfalls unzulässig ist ein Kopieren oder sonstiges Vervielfältigen oder Weiterbearbeiten der vom Nutzer bezogenen Produkte. Desgleichen ist es unzulässig, das mit dem Nutzerkonto zugeteilte E-Mail-Konto dazu zu missbrauchen, WerbE-Mails für eigene oder fremde Produkte an Dritte zu versenden oder Spamming zu betreiben.“

In Ziff. 3c) findet sich das Verbot, die Inhalte anderweitig als auf einem eigenen Telefon zu speichern, auf andere zu übertragen oder sonstwie zu nutzen. Gesetzliche Schrankenbestimmungen und ansonsten dem Nutzer gewährte Befugnisse (wie das Recht zur Weiterveräußerung) werden hierdurch umgangen.

Überraschenderweise hat ein Test ergeben, dass die Jamba!-Produkte scheinbar nicht kopiergeschützt sind. Dies gilt jedenfalls für drei zu Testzwecken heruntergeladene Klingeltöne. Diese ließen sich ohne weiteres per Bluetooth oder MMS von einem Handy

---

[207] Palandt-Heinrichs, § 307, Rn. 19 m. w. Nachw.

auf ein anderes übertragen. Auch die Übertragung per Bluetooth auf einen Computer bereitete keine Probleme.

Die rechtliche Wirksamkeit der Klausel ist damit vor allem vor dem Hintergrund des hierin enthaltenen Weiterveräußerungsverbots fraglich. In diesem Zusammenhang stellen sich die gleichen Fragen, wie oben, Punkt 2.2.1.2.1, problematisiert. Auch bei Klingeltönen wäre theoretisch eine Weiterveräußerung denkbar. So könnten diese gegen Entgelt von einem Mobiltelefon auf ein anderes weiter übertragen (etwa per Bluetooth oder SMS) und im Gegenzug beim Absender gelöscht werden. Ob ein solcher Transfer durch allgemeine Geschäftsbedingungen untersagt werden kann, ist nach den obigen Ausführungen zumindest fraglich[208].

5.1.3.4 Ziff. 5b): Datenschutz und Datennutzung

„*Jamba!, Kooperationspartner von Jamba! oder Werbepartner von Jamba! senden dem Nutzer regelmäßig E-Mails, SMS, MMS, WAP-Push-Mitteilungen, OTA-Konfigurationen oder Briefe über Produkte und Dienste, die nach Meinung von Jamba! für ihn interessant sind. Jamba!s Rolle, zielgerichtete Werbung zu liefern, ist die eines Mittelsmannes. Jamba! nimmt diese Werbung Dritter an und zeigt sie Nutzern, die diesem Kriterium entsprechen. Diese Art zielgerichteter Werbung wird mit Bannern sowie durch E-Mails, SMS, MMS, WAP-Push-Mitteilungen, OTA-Konfigurationen, Brief oder auf andere Weise realisiert. Der Nutzer erklärt sich einverstanden, regelmäßig per E-Mail, SMS, MMS, WAP-Push-Mitteilung, OTA-Konfiguration, Brief oder auf andere Weise Angebote von Jamba! oder ihren Kooperations- oder Werbepartnern zu erhalten.*“

„f.

Soweit der Nutzer der Nutzung seiner Daten wie oben beschrieben nicht zustimmt, kann dieser sein Einverständnis jederzeit per E-Mail an den Jamba!-Kundenservice oder Brief an die Jamba! GmbH, Karl-Liebknecht-Str. 5, 10178 Berlin, widerrufen.“

Nach Ziff. 5b soll dem Nutzer eine inhaltlich nicht konkretisierte Einwilligung abgerungen werden, jede Art von Direktwerbung unbestimmter Herkunft (Anbieter) über alle möglichen Arten elektronischer Post zu akzeptieren.

Eine solche Bestimmung könnte gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. §§ 7 Abs. 2 Nr. 3, 3 UWG unwirksam sein, wenn sie den Verbraucher unangemessen benachteiligt. Dennoch verschickte Direktwerbung wäre dann gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. § 3 UWG eine unzumutbare Belästigung und damit unlauter, soweit nicht ein Ausnahmetatbestand gem. § 7 Abs. 3 UWG vorläge.

Obwohl es sich bei einer Einwilligung wie der vorliegend zu prüfenden nicht um eine Vertragsbedingung im eigentlichen Sinne handelt, finden die §§ 305 ff. BGB auf derartige Klauseln Anwendung[209]. An Einwilligungserklärungen in, gegenüber Verbrauchern verwendeten, allgemeinen Geschäftsbedingungen werden strenge Anforderungen

---

208 Auf die Ausführungen in Punkt 2.2.1.2.1 wird insofern verwiesen.

209 BGH GRUR 2000, 818/819 – Telefonwerbung VI.

gestellt[210]. Diese dürfen sich jedenfalls nur auf einen konkreten Fall erstrecken, der Kunde muss wissen, worauf sich seine Einwilligung bezieht[211]. Dies verdeutlicht, dass an vorformulierte Einwilligungserklärungen, v. a. in Verbraucher-AGB, strenge Transparenz-Maßstäbe anzulegen sind. Stets unwirksam ist gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Einwilligungserklärung, die für einen durchschnittlich informierten Kunden nicht klar und verständlich ist, etwa weil sie nicht hinreichend bestimmt ist[212].

Ebenfalls eine unangemessene Benachteiligung des Kunden wird durch Einwilligungserklärungen herbeigeführt, die sich nicht auf Werbung im Rahmen des konkreten Vertragsverhältnisses beschränkt, sondern darüber hinaus auch Werbung für sonstige Vertragsschlüsse, womöglich mit anderen Personen als dem Verwender der AGB, erstreckt[213]. Unwirksam ist eine solche Klausel nach dem BGH sogar, wenn die Einwilligung sich auf weitere Vertragsschlüsse mit demselben Vertragspartner bezieht, die in ähnlichen Angelegenheiten angebahnt werden sollen[214].

Die Möglichkeit eines jederzeitigen Widerrufs ändert an der Unwirksamkeit solcher Klauseln nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls nichts. Denn hierdurch werde dem Kunden die „Initiative zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre in unzulässiger Weise“ aufgebürdet[215].

Selbst wenn man bei Werbung per elektronischer Post u. U. weniger strenge Maßstäbe an die Transparenz von Einwilligungserklärungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen stellen wollte als bei der Telefonwerbung[216], wäre die Wirksamkeit der Klausel von Jamba! in mancher Hinsicht zweifelhaft. Diese ist ausdrücklich nicht auf Werbung beschränkt, die im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis zu Jamba! steht. Vielmehr soll der Nutzer zustimmen, dass ihm auch – nicht näher definierte – Kooperationspartner oder Werbepartner alle möglichen Arten von elektronischer und normaler Post schicken dürfen. Eine Beschränkung auf Inhalts- oder Produktarten enthält die Klausel nicht. Dem Nutzer darf Werbung zu allem geschickt werden, das „nach Meinung von Jamba! für den Kunden interessant ist“.

M. E. ist eine solche Regelung mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen in § 7 UWG nicht vereinbar und stellt auch ansonsten eine unangemessene Benachteiligung des Kunden dar. Die Einwilligungserklärung ist in den Text der AGB ohne Hervorhebung integriert. Sie steht unter der Überschrift „Datenschutz und Datennutzung“ und dürfte hier

---

210 Vgl. Baumbach/Hefermehl-Köhler, § 7, Rn. 73 zur Einwilligung in Werbung per elektronischer Post und Rn. 47 zu solcher in Telefonwerbung.
211 Vgl. Baumbach/Hefermehl-Köhler, § 7, Rn. 73.
212 So Baumbach/Hefermehl-Köhler, § 7, Rn. 47.
213 BGH GRUR 2000, 818/820 – Telefonwerbung VI.
214 BGH, ebd. In jenem Fall wurde eine Klausel für unwirksam erklärt, in der sich eine Bank bei einer Kontoeröffnung durch ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen die Einwilligung des Kunden erteilen ließ, sich telefonisch von der gleichen Bank „in Geldangelegenheiten“ beraten zu lassen.
215 BGH, ebd.
216 Hierfür spricht, dass auch der Gesetzgeber an die Werbung per elektronischer Post geringere Anforderungen stellt als an Telefonwerbung, indem er gem. § 7 Abs. 3 UWG für solche Fälle spezielle Ausnahmen regelt. Es ist hiernach – anders als bei der Telefonwerbung – unter bestimmten Umständen zulässig, dem (u. a.) Verbraucher auch ohne Einwilligung elektronische Werbepost zu schicken. Dies ändert jedoch nichts daran, dass an vorformulierte Einwilligungserklärungen strenge Anforderungen zu stellen sind, da die eng gesteckten Grenzen der Ausnahmetatbestände ansonsten ohne weiteres vom Verwender durch „Erschleichung“ einer Einwilligung ausgehebelt werden könnten.

nicht ohne weiteres vermutet werden. Der Nutzer hat nicht die Option, dieser zuzustimmen oder sie abzulehnen. Zudem geht ihre Reichweite erheblich über das möglicherweise zu vermutende Interesse des Nutzers, über ähnliche Produkte von Jamba! informiert zu werden, weit hinaus.

Dem steht auch nicht die Ausnahmeregelung in § 7 Abs. 3 UWG entgegen[217]. Hiernach ist eine unzumutbare Belästigung selbst bei Fehlen einer Einwilligung des Marktteilnehmers nicht anzunehmen, wenn das Unternehmen im Zusammenhang mit einem Kauf oder einer Dienstleistung die elektronische Postadresse des Kunden erlangt hat (Ziff. 1), die Adresse für Werbung für ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet wird (Ziff. 2), kein Widerspruch durch den Kunden erklärt wurde (Ziff. 3) und er auf die Möglichkeiten eines Widerspruchs hingewiesen wurde (Ziff. 4).

Die Einwilligungserklärung in Ziff. 5b) der Jamba!-AGB gestattet Direktwerbung in einem Maße, das über die von der Ausnahmeregelung erfassten Sachverhalte weit hinausgeht. Zunächst gilt sie auch für Kunden, die sich zwar registriert, aber ihre elektronische Postadresse nicht hinterlegt haben[218]. Bei der Registrierung ist zwar die Angabe der Telefonnummer, nicht aber die der Mailadresse erforderlich. Zudem bezieht sich die Ausnahme nur auf Direktwerbung für ähnliche Waren oder Dienstleistungen durch den Vertragspartner (Unternehmer) selbst, nicht aber auf andere Waren/Dienstleistungen und erst recht nicht auf Werbung durch andere Unternehmen[219].

Nach alledem dürfte die Klausel daher nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unwirksam sein.

5.2 Die Nutzungsbedingungen bei Video-on-Demand-Diensten

5.2.1 Video-on-Demand-Angebote auf dem deutschen Markt

Video-on-Demand (nachfolgend: VoD) wird in Deutschland zunehmend von Internet-Service-Providern (ISP) angeboten. Der Markt mit über das Internet übermittelten Filmen scheint zu wachsen. So kommen etwa immer mehr Zugangsprovider (T-Online, Arcor, HanseNet) mit sog. „Triple-Play-Angeboten“ auf den Markt. Die Anbieter fungieren hierbei gleichzeitig als Zugangs- und Content-Provider.

VoD-Angebote solcher Anbieter sind teilweise an den Abschluss eines DSL-Vertrages gekoppelt. So bietet der Marktführer T-Online sein Multimedia-Paket „T-Online-Vision“ nur

---

[217] Würde die Einwilligungserklärung sich nur auf Sachverhalte beziehen, die ohnehin durch die Ausnahmeregelung in § 7 Abs. 3 UWG gestattet wären, würde man von einer Unvereinbarkeit mit der gesetzlichen Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG kaum ausgehen können. Denn dann würde die gesetzliche Wertung sogar gestatten, die von der Einwilligungserklärung erfassten Handlungen ohne Einwilligungserklärung vorzunehmen.

[218] Die Ausnahmebestimmung ist eng auszulegen. Hier ist ausdrücklich von der Übermittlung der elektronischen Postadresse (also der Mailadresse) die Rede, nicht etwa – selbst wenn man nur der Werbung per SMS zustimmen müsste – von der Telefonnummer. Die bloße Übermittlung der Telefonnummer reicht mithin für die Anwendung der Ausnahme nicht aus, vgl. Baumbach/Hefermehl-Köhler, § 7, Rn. 86 f.

[219] Baumbach/Hefermehl-Köhler, § 7, Rn. 88 f.

in Verbindung mit einem T-DSL-Anschluss an[220]. Gleiches gilt für HanseNet (Alice), die mit der Option Alice-Movie“ ihren DSL-Kunden einen ähnlichen Dienst anbieten[221] Andere Provider wie etwa Arcor[222] bieten VoD auch unabhängig von ihren DSL-Verträgen an. Zudem gibt es VoD-Dienste, die nicht auch Zugangs-Provider sind[223].

Das Prinzip des VoD ist – sieht man einmal von der Koppelung an DSL-Verträge ab – bei allen exemplarisch untersuchten Diensten ähnlich. Gegen die Entrichtung einer einmaligen Gebühr können Filme im Streaming- oder Download-Verfahren über das Internet heruntergeladen und dann innerhalb eines Zeitraums von (in der Regel) 24 Stunden beliebig oft angesehen werden[224]. One4Movie bietet dagegen ein Abo-Modell gegen Zahlung einer monatlichen Grundgebühr an. Stellt der Anbieter eine Set-Top-Box zur Verfügung, ist das Ansehen über einen Fernseher vorgesehen, ansonsten werden die Filme auf einem PC oder wiederum über einen hiermit verbundenen Fernseher angesehen.

5.2.2 Nutzungsbedingungen von VoD-Diensten

Die Nutzungsbedingungen der exemplarisch geprüften VoD-Dienste überraschen in positiver Hinsicht. Keine der geprüften AGB enthielt rigide Beschränkungen der Nutzerbefugnisse, die mit den auf den Webseiten befindlichen Angebotsbeschreibungen nicht übereinstimmten. Für T-Online-Vision gibt es nicht einmal spezielle AGB[225]. Die Übrigen beschränken sich auf die Regelung, dass die Nutzung des Dienstes nur zu privaten Zwecken erfolgen darf und keine öffentlichen Vorführungen o. Ä. gestattet sind[226]. Darüber hinaus verbieten HanseNet (vgl. Ziff. 4.4.1 der Alice-Movie-AGB) und Arcor (Ziff. 6.5) über den bloßen Genuss im privaten Bereich hinausgehende Nutzungshandlungen wie die Verbreitung und Vervielfältigung der Inhalte. Auch dies erscheint jedoch angesichts

---

[220] Vgl. http://t-online-vision.de/c/10/45/72/1045722.html. Ist man bereits T-Online-Kunde, bekommt man gegen eine Einmalzahlung von 49,95 Euro die notwendige Hardware (Router, Set-Top-Box) zur Verfügung gestellt. In der Folge können Filme im Wege des Pay-per-View heruntergeladen werden, die jeweils einzeln bezahlt werden müssen.

[221] Vgl. http://www.alice-dsl.de/opencms/export/de/entertainment/movie/produktinformationen/.

[222] Siehe http://www.arcor.de/vod/vod_1_0.jsp.

[223] So z. B. der Anbieter One4Movie, siehe unter http://www.one4movie.de/LM0JKOFrtgnm5MYQFVxP/5/movie/index.html.

[224] Technisch unterscheiden sich die Dienste durchaus. So funktioniert Arcor VoD nach dem Download-Prinzip. Das bedeutet, dass der Kunde den jeweiligen Film zunächst auf seine Festplatte herunterladen muss und nur zeitversetzt sehen kann. Die Daten sind kodiert, zur Ansicht erhält der Kunde einen digitalen Schlüssel (private key), dessen Gültigkeit auf 24 Stunden nach dem ersten Abspielen beschränkt ist. Nach Ablauf dieser Zeit kann der Film zwar weiterhin gespeichert, aber, mangels gültigen Schlüssels, nicht mehr angesehen werden. Bei One4Movie werden die Inhalte dagegen in Echtzeit gestreamt und zeitgleich angesehen. Eine Speicherung ist hier nicht vorgesehen (wenn auch mit entsprechender Zusatzsoftware sicherlich möglich).

[225] Dieses Phänomen hatte sich oben bereits bei Musicload gezeigt. Zwar handelt es sich bei T-Online-Vision – anders als bei Musicload – nur um eine Zusatzoption zu den DSL-Verträgen. Auch wurde in die AGB ein Zusatzpassus eingefügt, der jedoch – einmal mehr – keine speziellen Regelungen zu T-Online-Vision enthält, sondern nur die technischen Voraussetzungen nennt und im Übrigen auf die „dafür geltenden LB/PL, Sondervereinbarungen oder Online-Anzeigen“ verweist. Eine Leistungsbeschreibung/Preisliste konnte jedoch, trotz ausgiebiger Recherche, nicht gefunden werden.

[226] Vgl. etwa die AGB von One4Movie, § 4, Ziff. 5 oder von Arcor, Ziff. 3.1 und 6.5.

der Tatsache, dass es sich – wie bei den anderen – um Pay-per-View-Dienste handelt, rechtlich nicht per se bedenklich.

Allenfalls könnte man sich die Frage stellen, ob die Ermöglichung (besser: Nicht-Untersagung) von Vervielfältigungen (etwa nach den Regeln der Privatkopieschranke) für VoD-Dienste vertragstypisch ist (dann könnten die Vervielfältigungsverbote gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstoßen).

Ein normatives Leitbild solcher Verträge, die in ihren Einzelheiten den schuld- oder urheberrechtlich geregelten Kategorien schwerlich unmittelbar zuzuordnen sind, dürfte bislang nicht herausgearbeitet worden sein. So fällt es schwer, die vertragstypischen Pflichten im Einzelnen zu definieren. Soweit gesetzliche Normen fehlen, ist auf die vertragstypischen Gerechtigkeitserwägungen des redlichen Geschäftsverkehrs abzustellen und das von der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild solcher Verträge herauszuarbeiten[227].

Dies erscheint vorliegend problematisch, da VoD relativ neu auf dem Markt ist und sich einheitliche Erwartungen des Verkehrs insofern bislang nicht gebildet haben dürften. Nach meiner Auffassung wird der Verkehr nicht generell davon ausgehen, dass ihm Vervielfältigungen bei der Inanspruchnahme von VoD-Diensten gestattet werden. Es dürfte dem Verbraucher ersichtlich sein, dass sich solche Angebote vom frei verfügbaren Fernsehen unterscheiden und dass Streaming-Angebote in der Regel nicht bestimmt sind, aufgezeichnet oder sonstwie gespeichert zu werden. Entsprechend dürfte sich auch keine Erwartungshaltung in diese Richtung entwickelt haben. Abgesehen von der Verbrauchersicht scheinen Vervielfältigungsverbote auch nicht unüblich zu sein, was zeigt, dass diese in zwei von vier geprüften AGB zu finden waren.

Im Übrigen wird die Privatkopie nach den – derzeit geltenden – Wertungen des deutschen Urheberrechts nicht zum unabdingbaren Kern urheberrechtlicher Nutzerbefugnisse zu zählen sein[228]. Auch aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dürfte sich daher keine Unwirksamkeit derartiger Klauseln herleiten lassen.

---

227 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 307, Rn. 32.

228 Näheres hierzu unten, Punkt 2.7.2.2.

6 Nutzungsbedingungen und DRM bei Tonträgern

6.1 Der Einsatz von Kopierschutztechnologien bei Audio-CDs

Die Musikindustrie hat vor einiger Zeit begonnen, Tonträger vor – legalen oder illegalen – Vervielfältigungen durch die Nutzer zu schützen, indem diese mit technischen Schutzmaßnahmen (Kopierschutzsystemen) versehen werden. Verschiedene Systeme sind auf dem Markt, die den Schutz durch unterschiedliche technische Lösungen herbeiführen sollen.

Die wohl wichtigsten Systeme sind Cactus Data Shield, Key2Audio, OpenMG und Copy X (auch Starforce genannt)[229]. Die mediale Aufmerksamkeit, die Audio-Kopierschutzmaßnahmen gewidmet wird, ist immens. Besonders der neuerliche Eklat über ein Kopierschutzsystem, das im Ausland (v. a. USA) von der Plattenfirma Sony-BMG eingesetzt wird[230], hat die Debatte erneut angeheizt.

Angesichts dessen hat eine stichprobenartige Untersuchung aktueller CD-Angebote überraschende Ergebnisse zu Tage gefördert. Tatsächlich werden scheinbar nur sehr wenige CDs mit Kopierschutzsystemen ausgeliefert. Dies bezieht sich ausschließlich auf Alben, Maxi-CDs sind dagegen – ersichtlich – ausnahmslos ungeschützt im Handel. Die weitaus meisten, aktuell erschienenen, CDs mit Kopierschutz stammen vom Hersteller EMI. EMI scheint bisher die meisten Alben mit Kopierschutz ausgeliefert zu haben[231], neuerlich scheint jedoch auch hier die Tendenz rückläufig. Dagegen hat die Untersuchung ergeben, dass die anderen Plattenfirmen Kopierschutz – wenn überhaupt – nur sehr vereinzelt einsetzen.

---

229 Informationen über die Funktionsweise der einzelnen Systeme finden sich zum Beispiel unter: http://www.brennmeister.com/forum/viewtopic.php?topic=79539&forum=12; ausführlich http://www.ttd-graphics.de/media/kopierschutz/.

230 In nahezu allen Medien wurde über diesen Fall berichtet. Ein Sicherheitsexperte hatte herausgefunden, dass die von der Plattenfirma seit einiger Zeit für manche Veröffentlichungen (eine Liste findet sich unter: http://cp.sonybmg.com/xcp/english/titles.html) eingesetzte Kopierschutzsoftware XCP des Software-Herstellers First4Internet beim Einlegen in das CD-Laufwerk eines PCs für den Nutzer unsichtbar und unbemerkt ein sog. Rootkit installiert, ein Tool, das auch von Viren-Programmierern zum Einschleusen von Trojanern und Würmern verwendet wird (Einzelheiten siehe unter: http://irights.info/index.php?id=81&tx_ttnews[pS]=1132426937&tx_ttnews[tt_news]=107&tx_ttnews[backPid]=113&cHash=9ecd06db62). Hierdurch wurden Sicherheitslücken auf den Computern der Nutzer eröffnet sowie Möglichkeiten geschaffen, auf diesen herumzuspionieren (siehe http://irights.info/index.php?id=81&tx_ttnews[pS]=1132426937&tx_ttnews[tt_news]=111&tx_ttnews[backPid]=113&cHash=d7d8e6c52b). Für europäische Produkte wird dieser Kopierschutz derzeit nicht eingesetzt, Sony-BMG hat angekündigt, dies auch in Zukunft zu unterlassen.

231 Auf der Webseite des Unternehmens äußert man sich hierzu wie folgt (http://www.emimusic.de/de/cms/kopierschutz.html): „Welche Produkte von EMI werden mit Kopierschutz angeboten? Seit Mitte 2002 werden mehr oder weniger alle neuen deutschen Produktionen kopiergeschützt angeboten, seit Beginn des Jahres 2003 auch internationale Produkte. Diese Entwicklung ist im übrigen keine isolierte Entwicklung bei EMI, sondern findet auch bei anderen Unternehmen der Musikindustrie statt. Sie findet auch nicht nur in Deutschland, sondern auf allen bedeutenden Tonträgermärkten der Welt statt".

6.2 Die rechtliche Situation in Bezug auf den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen nach den §§ 95a ff. UrhG

Mit Umsetzung der RL 2001/29/EG durch das „Erste Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft" (sog. 1. Korb) hat der deutsche Gesetzgeber den sog. „Schutz technischer Maßnahmen" (§§ 95a ff. UrhG) eingeführt. Hiernach ist es untersagt, „wirksame" technische Schutzmaßnahmen wie Kopierschutzsysteme zu umgehen, auch wenn dies dient, eine an sich nach den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen (v. a. § 53 Abs. 1 UrhG – die sog. Privatkopieschranke) erlaubte Vervielfältigung herzustellen.

Die neuen Regelungen enthalten jedoch nicht nur Verbote für die Nutzer, sondern auch Pflichten für die Hersteller. Nach § 95d Abs. 1 UrhG sind Werke oder andere Schutzgegenstände, die mit technischen Maßnahmen geschützt sind, „deutlich sichtbar" mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahmen zu kennzeichnen. Zudem sind Name, Firma und zustellungsfähige Anschrift auf dem Werkexemplar anzugeben (§ 95d Abs. 2 UrhG). Verstöße gegen diese Bestimmungen stellen nach § 111a Abs. 1, Nr. 3 UrhG Ordnungswidrigkeiten dar, die mit Bußgeldern von bis zu zehntausend Euro geahndet werden können (§ 111a Abs. 2 UrhG). „§ 95d Abs. 1 ist auf alle ab dem 1. Dezember 2003 neu in den Verkehr gebrachten Werke und anderen Schutzgegenstände anzuwenden." (§ 137j UrhG).

Die Kennzeichnungsregelung gilt nicht für alle Arten von technisch geschützten Werken. Eine Ausnahme gilt für Computerprogramme, auf die gem. § 69a Abs. 5 UrhG die §§ 95a ff. UrhG nicht anwendbar sind[232]. Alle anderen Werkarten werden jedoch hiervon erfasst[233].

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dieser Neuregelung dreierlei zum Ausdruck gebracht.

1. Die Rechtsinhaber haben das Recht, ihre Interessen über den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen zu sichern und Vervielfältigungen ihrer Werke zu verhindern.
2. Dieses Schutzinteresse geht dem Interesse der Nutzer, von Schrankenbestimmungen wie v. a. der Privatkopieschranke (§ 53 Abs.1 UrhG) Gebrauch machen zu können, in der Regel[234] vor.

---

[232] Diese Ausschlussregelung geht auf die Vorgaben der RL 2001/29/EG zurück. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. a) sowie Erwägungsgrund 50 soll die Richtlinie und deren Umsetzung (u. a.) den Schutz von Computerprogrammen unberührt lassen.

[233] Dies gilt auch für Datenbanken. Zwar heißt es in der Richtlinie 2001/29/EG (Art. 1 Abs. 2, lit. e), dass diese die in der Datenbank-Richtlinie getroffenen Regelungen nicht beeinträchtigen solle. Die Datenbank-Richtlinie enthält jedoch, anders als die über Computerprogramme (Art. 7 Abs. 1, lit. c, umgesetzt in § 69f Abs. 2 UrhG), keine Bestimmung über technische Schutzmaßnahmen.

[234] Dieser Vorrang gilt für manche Schrankenbestimmungen nur eingeschränkt. In § 95b Abs. 1 UrhG findet sich ein abschließender Katalog von Privilegierungen, die gegen den Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen durchsetzbar sind (die Privatkopieschranke wurde hier bewusst nicht aufgeführt). Die Durchsetzbarkeit der dort genannten Bestimmungen unterliegt jedoch einer bedeutenden Einschränkung (vgl. § 95b Abs. 3 UrhG): Wurden technisch geschützte Werke auf vertraglicher Grundlage von einem Online-Dienst erworben, können Schrankenbegünstigte auch von ihren Rechten aus § 95b Abs. 1 UrhG nicht Gebrauch machen und vom Rechtsinhaber keine Mittel zur Umgehung des Schutzsystems fordern. Im Übrigen enthält auch § 95b UrhG kein Selbsthilferecht (auf eigenmächtige Umgehung der Maßnahmen zur Wahrnehmung einer der dort

3. Um die Verbraucherinteressen zu schützen, müssen diese in die Lage versetzt werden, eine bewusste Entscheidung zu treffen, ob und zu welchem Preis sie Produkte mit technischen Schutzmaßnahmen erwerben wollen oder nicht[235].

Solange sich die Hersteller an diese Vorgaben halten, dürfte einem darüber hinausgehenden Verbraucherschutz vor dem Einsatz technischer Schutzmaßnahmen weitestgehend die Grundlage entzogen sein. Weder dürfte es möglich sein, einem Hersteller aus Verbraucherschutzgründen zu untersagen, Kopierschutzmaßnahmen einzusetzen, jedenfalls solange diese neben dem Kopierschutz keine rechtswidrigen Handlungen ermöglichen[236], noch in seinen Lizenzen oder Nutzungsbedingungen die Umgehung eines Kopierschutzsystems zu verbieten.

Im Umkehrschluss bedeutet dies auch, dass es jedenfalls bei Einsatz einer wirksamen[237] technischen Schutzmaßnahme, die das Herstellen von Vervielfältigungen des Werkexemplars unterbindet, keine „unangemessene Benachteiligung" des Kunden gem. § 307 BGB bedeuten kann, wenn der Hersteller über seine Nutzungsbedingungen die Herstellung von Privatkopien untersagt. Denn dass solche nicht gestattet sind, wenn wirksame technische Maßnahmen eingesetzt werden, ergibt sich als unmittelbare Folge bereits aus dem Umgehungsverbot des § 95a Abs. 1 UrhG.

Der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung beschränkt sich daher auf die Prüfung der Kopierschutzhinweise auf den Tonträgern[238].

---

genannten Schrankenbestimmungen), sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe von Umgehungsmitteln. Auch insofern werden die Interessen, denen durch die Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes Rechnung getragen werden sollen, erheblich eingeschränkt.

235 In den Gesetzesmaterialien (BT-Drcks. 15/38, S. 28) heißt es zur Begründung von § 95d UrhG: „Das Kennzeichnungsgebot des Absatzes 1 dient dem Verbraucherschutz und der Lauterkeit des Wettbewerbs. Die Kennzeichnung mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Schutzmaßnahmen soll den Verbraucher über Umfang und Wirkungen der Schutzmaßnahmen in Kenntnis setzen, um daran seine Erwerbsentscheidung ausrichten zu können. Eine solche Kennzeichnungspflicht ist notwendig, weil das Publikum hinsichtlich dieser für den Erwerb maßgeblichen Umstände Aufklärung erwarten darf. Das wird besonders deutlich, wenn man sich die derzeit herrschende Konsumentenerwartung vor Augen hält, nach der der Verkehr regelmäßig davon ausgeht, dass Bild- und Tonträger kopierfähig und auf allen marktüblichen Gerätetypen zeitlich unbegrenzt abspielbar sind. Der Verbraucher sieht in diesen beispielhaften Eigenschaften des Trägermediums einerseits preisbildende Faktoren mit der Folge, dass er bei hiervon negativ abweichenden Eigenschaften einen günstigeren Preis erwarten wird. Andererseits wird er vom Erwerb ganz absehen, wenn die Abspielbarkeit auf bestimmten Gerätetypen nicht gewährleistet ist oder der Werkzugang bzw. Werkgenuß zeitlich begrenzt sind. Damit ist auch die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Kennzeichnung offenbar. Die Kennzeichnungspflicht aus Absatz 1 ist dem Verwender technischer Maßnahmen – auch unter Berücksichtigung seiner Absatzinteressen – zumutbar und wird teilweise bereits praktiziert.".

236 Anders könnte dies etwa im Beispiel von Sony-BMG (s. o., Fn. 230) sein, also in Fällen, in denen ein technisches Schutzsystem Datenspionage ermöglicht, Sicherheitslücken eröffnet oder persönliche Daten ausspäht. Derartige Fälle sind in Deutschland jedoch bislang nicht bekannt geworden. Auch Sony vertreibt die fraglichen CDs in Deutschland nicht mit dem (im Zweifel aus verschiedenen Gründen) rechtswidrigen Schutzsystem.

237 Ob bei Einsatz eines nicht wirksamen technischen Schutzsystems dessen Umgehung untersagt werden kann, ist dagegen eher fraglich. Vgl. hierzu oben, Punkt 2.3.2.2.2.4.

238 Wettbewerbsrechtlich ansonsten relevante Fälle, etwa dass der Hersteller öffentlich damit wirbt, keinen Kopierschutz zu verwenden, dies aber doch tut, hat die Untersuchung nicht ergeben.

6.3 Anforderungen des § 95d UrhG an die Kennzeichnung von technisch geschützten Werken

6.3.1 Pflichtangaben über die technischen Einschränkungen nach § 95d Abs. 1 UrhG

§ 95d UrhG enthält zwei Verpflichtungen, den Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen kenntlich zu machen. Zunächst sind nach Abs. 1 technisch geschützte Werke „deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahmen zu kennzeichnen".

Die Formulierung bietet einigen Spielraum bei der Auslegung. Insbesondere stellt sich die Frage, was mit „Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahme" gemeint ist. Diesbezüglich lassen sich sowohl den Gesetzesmaterialien als auch dem Schutzzweck der Regelung Hinweise entnehmen. § 95d UrhG dient dem Schutz der Verbraucher. Die Kennzeichnungspflicht soll garantieren, dass ihnen diejenigen Hinweise gegeben werden, die für eine Kaufentscheidung relevant sind. Die Gesetzesmaterialien selbst nennen beispielhaft einige potenziell entscheidungsrelevante Aspekte. In der Begründung zum Regierungsentwurf vom 6. November 2002[239] heißt es:

„Das wird besonders deutlich, wenn man sich die derzeit herrschende Konsumentenerwartung vor Augen hält, nach der der Verkehr regelmäßig davon ausgeht, dass Bild- und Tonträger kopierfähig und auf allen marktüblichen Gerätetypen zeitlich unbegrenzt abspielbar sind. Der Verbraucher sieht in diesen beispielhaften Eigenschaften des Trägermediums einerseits preisbildende Faktoren mit der Folge, dass er bei hiervon negativ abweichenden Eigenschaften einen günstigeren Preis erwarten wird. Andererseits wird er vom Erwerb ganz absehen, wenn die Abspielbarkeit auf bestimmten Gerätetypen nicht gewährleistet ist oder der Werkzugang bzw. Werkgenuß zeitlich begrenzt sind."

Beispielhaft genannt werden also die mögliche Nutzungsdauer (zeitlich unbeschränkt oder nicht), die möglicherweise eingeschränkte Abspielfähigkeit auf bestimmten Geräten und die Kopierfähigkeit. Hieran wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber um die Pflicht ging, über alle nutzungsbeschränkenden Eigenschaften des Produkts aufzuklären, die den durchschnittlichen Käufer in seinen üblichen Erwartungen enttäuschen würden. Damit ist einerseits deutlich, dass § 95d Abs. 1 UrhG nicht verlangt, dass der Hersteller technische Details über die Funktionsweise des jeweiligen Schutzsystems auf der Verpackung angibt. Solche Informationen sind für den durchschnittlichen Verbraucher ohne Belang und im Zweifel eher verwirrend. Sein Interesse liegt vielmehr darin, über die faktisch bestehenden Nutzungseinschränkungen informiert zu werden, ganz gleich wie diese technisch herbeigeführt werden. Auf der anderen Seite reicht der bloße Hinweis auf nicht näher spezifizierte Nutzungseinschränkung nicht aus[240].

Vielmehr „muss der Verbraucher über Umfang und Wirkungen der technischen Schutzmaßnahmen in Kenntnis gesetzt werden, um daran seine Erwerbsentscheidung in

---

239 BT-Drcks. 15/38, S. 28.
240 Dreier/Schulze-Dreier, § 95d, Rn. 4.

Bezug auf die Verwendbarkeit und das Preis-Leistungs-Verhältnis ausrichten zu können"[241]. Um dies zu ermöglichen sind – schon nach dem Wortlaut der Norm – alle nutzungsbeschränkenden Eigenschaften der Schutzmaßnahme deutlich anzugeben. Diese – und damit auch die Angabepflicht – können, je nach dem verwendeten Medium, variieren[242].

Fraglich ist, wo diese Hinweise jeweils angebracht werden müssen. Nach einer Ansicht soll es geboten sein, diese sowohl auf der Verpackung als auch auf dem Werkträger selbst anzubringen, „da die durch den technischen Schutz verursachte Nutzungseinschränkung auch dann weiter besteht, wenn die Verpackung entfernt und vom Werkträger getrennt worden ist"[243]. Eine andere Ansicht weist darauf hin, dass der Hinweis zumindest auch auf der Verpackung und nicht nur auf dem Träger anzubringen ist[244].

Die erstgenannte Auffassung überzeugt angesichts des Schutzzwecks der Regelung nicht. Der Verbraucher soll ausweislich der Gesetzesbegründung vor uninformierten Kaufentscheidungen geschützt werden. Diesem Schutzzweck dürfte mit einem Hinweis auf der Verpackung Genüge getan sein. Denn im Moment des Kaufs hat der Verbraucher die Verpackung als Hinweisgeber stets zur Verfügung. Dass der Gesetzgeber darüber hinaus eine, nach dem Erwerb fortbestehende Sicherung der Informationen fordern würde, ist nicht ersichtlich.

Daneben kann es nur darauf ankommen, dass die Kennzeichnung deutlich sichtbar ist. Die hieraus sich ergebenden Anforderungen können – je nach Verpackung – variieren. M. E. wird es jedoch in der Regel nicht ausreichen, klein gedruckte Hinweise auf der Rück- oder gar einer Längsseite der Verpackung aufzudrucken, da nicht zu erwarten ist, dass der Verbraucher den – meist umfangreichen – Text auf der Rück- oder Längsseite eingehend studiert. Auf Einzelheiten wird später, anhand konkreter Beispiele, eingegangen.

6.3.2 Angaben von Name, Firma und Anschrift

Nach § 95d Abs. 2 UrhG ist weiterhin derjenige, der Werke und andere Schutzgegenstände mit technischen Maßnahmen schützt, zur Angabe seines Namens, seiner Firma und einer zustellungsfähigen Anschrift verpflichtet. Hiermit soll die Durchsetzung des Anspruchs aus § 95b Abs. 2 UrhG gesichert werden.

Verpflichtet werden hierdurch die Rechtsinhaber, die als Verwender der technischen Maßnahmen gelten[245], also nicht etwa das Presswerk, das die CD hergestellt hat oder die Vertriebsstellen. Dem Regelungszweck entsprechend sind alle Angaben zu machen, die der Nutzer benötigt, um ein den Anforderungen von § 253 ZPO genügendes Passivrubrum zu erstellen[246]. Hierzu gehören zumindest die Bezeichnung des Anspruchsgegners und dessen ladungsfähige Anschrift.

---

[241] So Dreier/Schulze-Dreier, § 95d, Rn. 4.
[242] Beispiele nennen Wandtke/Bullinger-Wandtke/Ohst, Ergänzungsband § 95d, Rn. 6 ff.
[243] So Dreier/Schulze-Dreier, § 95d, Rn. 5.
[244] Wandtke/Bullinger-Wandtke/Ohst, Ergänzungsband § 95d, Rn. 10.
[245] Dies ergibt sich aus § 95b Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 UrhG.
[246] Wandtke/Bullinger-Wandtke/Ohst, Ergänzungsband § 95d, Rn. 12.

Das Gesetz fordert in Bezug auf diese Angaben keinen „deutlichen Hinweis“, sondern lediglich eine Kennzeichnung[247]. Entsprechend wird man nicht verlangen können, dass die Adress-Angaben außen auf der Hülle angebracht werden. Es dürfte genügen, wenn diese irgendwo auf dem Produkt oder dessen Verpackung zu finden sind[248]. Dies bedeutet aber auch, dass es nicht ausreichen kann, sich auf die Angabe einer Webseite zu beschränken, auf der sich der Anspruchsberechtigte dann die Adressdaten heraussuchen muss. Ebenso wenig kann es m. E. ausreichen, wenn sich auf einer Audio-CD eine Datei mit den Adress-Daten befindet. Sinn und Zweck der Pflicht aus § 95d Abs. 2 UrhG ist es, dem Nutzer die Geltendmachung seiner Ansprüche durch deutliche Kenntnisgabe der benötigten Informationen zu ermöglichen. Audio-CDs werden aber üblicherweise nicht auf Computern genutzt. Eine nur per Computer lesbare Kennzeichnung dürfte daher von vielen Nutzern nicht ohne weiteres aufgefunden werden können.

6.4 Aktivlegitimation des vzbv bei Verstößen gegen § 95d UrhG

Es ist fraglich, ob Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen § 95d UrhG auf das Unterlassungsklagengesetz gestützt werden können. Zwar hat sich der Gesetzgeber entschieden, in § 2a UKlaG einen Unterlassungsanspruch der nach diesem Gesetz berechtigten Einrichtungen gegen Verstöße nach § 95b UrhG zu regeln. § 95d UrhG wird hier jedoch nicht genannt.

Ein Anspruch könnte sich jedoch aus § 2 Abs. 1 UKlaG ergeben (und die Aktivlegitimation entsprechend aus § 3 Abs. 1, Satz 1, Nr. 1 UKlaG). Bei § 95d Abs. 1 UrhG handelt es sich um ein Verbraucherschutzgesetz[249] (was auf § 95b UrhG nicht unbedingt zutreffen muss). Dies scheint auch zu erklären, dass der Gesetzgeber Verstöße gegen § 95d UrhG in § 2a UKlaG nicht genannt hat, da aufgrund der Anwendbarkeit von § 2 UKlaG hierfür keine Notwendigkeit bestand.

Jedenfalls dürften Unterlassungsansprüche auf § 8 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG gestützt werden können. In der Gesetzesbegründung zum 1. Korb hat der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz des § 95d UrhG hingewiesen[250]. Ein Verstoß gegen diese Regelung dürfte damit den Rechtsbruchstatbestand des § 4 Nr. 11 UWG ohne weiteres erfüllen[251]. Die Aktivlegitimation des vzbv ergibt sich insoweit aus § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i. V. m. § 4 UKlaG.

---

[247] Dies ist angesichts der gegenüber § 95d Abs. 1 UrhG abweichenden Schutzrichtung des Abs. 2 konsequent. Denn Abs. 2 soll den Nutzer nicht im Rahmen seiner Erwerbsentscheidung schützen, sondern im Rahmen der Nutzung (nämlich wenn ein Schrankenbegünstigter die Angaben benötigt, um mit Ansprüchen aus § 95b Abs. 2 UrhG die Durchsetzbarkeit seiner Privilegierung zu erzwingen).

[248] Gleicher Ansicht Wandtke/Bullinger-Wandtke/Ohst, Ergänzungsband § 95d, Rn. 13.

[249] Dies ergibt sich schon aus der Gesetzesbegründung, vgl. Fn. .

[250] Vgl. BT-Drcks. 15/38, S. 28: „Das Kennzeichnungsgebot des Absatzes 1 dient dem Verbraucherschutz und der Lauterkeit des Wettbewerbs ... Damit ist auch die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Kennzeichnung offenbar.“ Der vollständige Wortlaut der Begründung zu § 95d UrhG wurde oben, Fn. 235, zitiert.

[251] Gleicher Ansicht Dreier/Schulze-Dreier, § 95d, Rn. 6.

Das Vorstehende gilt m. E. auch für Ansprüche wegen Verstößen gegen die Kennzeichnungspflicht nach § 95d Abs. 2 UrhG. Diese müssten allerdings u. U. auf das UWG gestützt werden, da diese Norm nicht primär als Verbraucherschutzgesetz gem. § 2 UKlaG anzusehen sein wird (s. o.).

Eine denkbare Alternative wäre, den Unterlassungsanspruch bei Verstößen gegen § 95d Abs. 2 UrhG auf eine analoge Anwendung von § 2a UKlaG zu stützen. Dies müsste jedenfalls dann gelten können, wenn Ansprüche aus dem UWG abgelehnt werden, indem § 95d Abs. 2 UrhG die Eigenschaft als zumindest sekundär wettbewerbsbezogene Norm (§ 4 Nr. 11 UWG) abgesprochen würde. Dies wird an dieser Stelle nur erwähnt, um eine eventuell notwendige Hilfsargumentation aufzuzeigen.

Eine Analogie scheint mir in diesem Fall von daher denkbar, da es nicht ersichtlich ist, warum der Gesetzgeber § 95d Abs. 2 UrhG, der einen Annex zu § 95b Abs. 2 UrhG darstellen soll, nicht in § 2a UKlaG aufgenommen hat. Da die Verbandsklage zum Schutz der Ansprüche nach § 95b Abs. 2 UrhG anerkannt wird, erschiene es nicht interessengerecht, diese bei Verstößen gegen § 95d Abs. 2 UrhG nicht zuzulassen. Es ist m. E. davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Aufnahme des § 95d Abs. 2 UrhG in § 2a UKlaG entweder bewusst unterlassen hat, weil man davon ausging, dass sich die entsprechenden Ansprüche und die Aktivlegitimation ohnehin aus dem UWG ergeben würden. Wenn dies nicht zuträfe und die Gerichte eine Anwendbarkeit des UWG verneinen sollten, liegt die Annahme einer Gesetzeslücke m. E. nahe, die mit einer entsprechenden Analogie geschlossen werden könnte. Jedenfalls kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Verbandsklage bei Verstößen gegen die Kennzeichnungspflichten gem. § 95d Abs. 2 UrhG bewusst ausschließen wollte.

6.5 Kennzeichnungen von Audio-CDs durch die Marktteilnehmer

6.5.1 Kopierschutzlogo der IFPI

Die Musikindustrie hat schon vor Inkrafttreten des § 95d UrhG auf die Forderung nach einer Kennzeichnung von kopiergeschützten CDs reagiert. Der deutsche Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft (also die deutsche Sektion der IFPI – International Federation of the Phonographic Industrie) hat nach eigenen Angaben bereits 2001 all seinen Mitgliedern empfohlen, eine solche Kennzeichnung vorzunehmen.

Am 21. September 2002 präsentiert die IFPI sodann ein Logo, dessen Verwendung für kopiergeschützte Werkexemplare allen Verbandsmitgliedern empfohlen wurde[252]. Dieses Logo scheint tatsächlich in der Regel verwendet zu werden. Die vorgenommenen Testkäufe haben ergeben, dass alle kopiergeschützten CDs einen entsprechenden Aufdruck trugen. CDs, die hiermit nicht versehen waren, konnten ohne weiteres kopiert werden.

Das Logo wurde, soweit vorhanden, stets einheitlich verwendet. Es war sowohl auf der Vorderseite der CD, genauer: im linken Rahmen der Hülle, als auch auf der Rückseite zu sehen, wo sich ein Aufdruck auf dem Cover befindet, dem sich weitere Einzelheiten über

---

[252] Vgl. die Pressemitteilung: http://www.ifpi.de/news/news-223.htm.

die Schutzmaßnahme entnehmen lassen. Zusätzlich zum Logoaufdruck findet sich auf der Vorderseite meist ein erläuternder Hinweis (z. B. „Copy Control“ oder „Copy Protected“). In dem Kopierschutzhinweis auf der Rückseite sind weitere Details angegeben, etwa die kompatiblen Abspielgeräte aufgelistet (z. B. CD, DVD-V, PC, Mac usw.). Z. T. findet sich hier auch der Hinweis: „Bei einigen Geräten, z. B. Car-CD-Spielern, können Abspielprobleme auftreten“. Dieser Aufdruck scheint aber von Hersteller zu Hersteller zu variieren.

6.5.2 Beispiel-Tonträger als Ergebnis einer Stichprobenuntersuchung des Marktes

6.5.2.1 Test-CD 1: Coldplay – „X&Y“

Kopierschutzsystem

Wie gesagt gehört EMI zu den Herstellern, die nach wie vor verstärkt kopiergeschützte CDs ausliefern. EMI hat auf der Test-CD 1 das Kopierschutzsystem „Cactus Data Shield“ (CDS200) der Firma Macrovision verwendet[253].

Auf der CD sind zwei Ordner vorhanden. In dem einen sind die Tracks als Audiodateien vorhanden, in dem anderen finden sich eine simple Abspielsoftware für Macintosh und Windows sowie diverse weitere Windows-Dateien, einschließlich eines Player-Programms samt Installer und einem Uninstaller. Legt man die CD in einen Windows-PC ein, werden mit dem ersten Abspielen der CD das Abspielprogramm und diverse weitere Dateien auf der Festplatte automatisch installiert. Man wird hierauf durch einen Dialog hingewiesen. Die CD enthält zudem einen Uninstaller, mit dem die installierte Software wieder entfernt werden kann.

Die Musik-Dateien werden im Windows Explorer nicht angezeigt, es ist damit ohne weiteres nicht möglich, diese auf eine Festplatte zu kopieren. Auf dem Macintosh hingegen scheint dieses Kopierschutzdetail nicht zu funktionieren. Sichtbar ist auch der Ordner, in dem sich die Audio-Tracks befinden.

Ein Funktionstest des Kopierschutzsystems hat auf dem Mac ergeben, dass sich die eigentlichen Musik-Tracks mit iTunes ohne weiteres in MP3-Dateien umwandeln und somit auf der Festplatte speichern ließen. Im Anschluss war es problemlos möglich, die Titel mit der Brennfunktion in iTunes und auch einem handelsüblichen Brennprogramm („Roxio Toast“ für Macintosh) als Audio-CD zu brennen (hierbei wurden die Titel wieder in ein unkomprimiertes Datei-Format (Aiff) umgewandelt). Die so erstellte Kopie lässt sich in

---

[253] Häufig ist schwer herauszufinden, welches Kopierschutzsystem konkret eingesetzt wurde. Die Hersteller machen hierzu meist keine präzisen Angaben. EMI selbst gibt auf der Webseite nur an, mit „verschiedenen Firmen“, die Kopierschutzsysteme entwickeln, „in Kontakt zu sein“ (http://www.emimusic.de/de/cms/kopierschutz.html). Hier wird auch das Unternehmen First4Internet mit dem System XCP genannt, das den Sony-BMG-Eklat ausgelöst hat. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass EMI dieses System bereits einsetzt. Da dies im Zuge der Sony-BMG-Berichterstattung wahrscheinlich aufgedeckt worden wäre, ist hiervon wohl nicht auszugehen. Im vorliegenden Fall hat die Untersuchung ergeben, dass sich auf der CD eine Datei mit der Bezeichnung „Version.txt“ befindet (die unter Windows unsichtbar ist und nur unter MacOS gefunden werden konnte). Hierin wird darauf hingewiesen, dass das Kopierschutzsystem CDS200 eingesetzt wurde.

normalen CD-Spielern abspielen. Der Kopierschutz entfaltete bei dieser Vorgehensweise keinerlei Wirkung und funktionierte erkennbar nicht.

Das gleiche Ergebnis hat sich überraschenderweise auch beim Versuch einer 1:1-Kopie mit dem genannten Brennprogramm gezeigt. Ohne den geringsten Hinweis auf das Bestehen oder Funktionieren eines Kopierschutzes wurde die CD mit einem normalen Brenner und handelsüblicher Software kopiert. Dass der Kopierschutz wirksam ist, war jedenfalls auf dem verwendeten Mac-Rechner nicht ersichtlich.

Auf dem PC ist ein direktes Kopieren der Dateien dagegen nicht möglich, da diese gar nicht angezeigt werden. Allerdings kann auch hier der oben beschriebene Weg über iTunes beschritten werden. Wandelt man die Dateien mit iTunes für Windows ins MP3-Format um, können diese im Anschluss – wiederum mit iTunes – als normale Audio-CD gebrannt werden.

Kopierschutzhinweise

Die Test-CD 1 von EMI weist sowohl auf der Vorder- als auf der Rückseite deutliche Hinweise auf die Verwendung von technischen Schutzmaßnahmen auf. Vorn ist das Kopierschutz-Logo und der Hinweis „Copy Controlled“ aufgebracht, hinten finden sich in einem farblich deutlich abgesetzten Rahmen erneut das Logo und weitere Hinweise. Hier heißt es: „Kopiergeschützte Disc“, die kompatiblen Abspielgeräte und -Computer sind aufgeführt, und es findet sich der Hinweis auf mögliche Abspielprobleme bei manchen Playern.

Hiermit wird den gesetzlichen Anforderungen aus § 95d Abs. 1 UrhG im Zweifel Genüge getan. Dies gilt m. E. nach auch für den pauschalen Hinweis, dass eine Nutzung u. U. nicht auf allen handelsüblichen Geräten möglich ist. Denn es ist weder durchführbar noch zumutbar, dass ein Hersteller vor Markteinführung seiner CD die Kompatibilität des Produktes mit allen auf dem Markt befindlichen Geräten überprüft und sämtliche nicht-kompatiblen Geräte auf der Verpackung angibt. Zwar kann eine nicht detaillierte Angabe in manchen Fällen dazu führen, dass ein Verbraucher eine falsche Kaufentscheidung fällt. Zumindest solange solche Fälle (seltene) Ausnahmen darstellen, wird dem Hersteller jedoch keine weitere Angabe zuzumuten sein. Auch wäre ein derart ausführlicher Hinweis im Zweifel für die Verbraucher nicht praktikabel.

Den Voraussetzungen von § 95d Abs. 2 UrhG genügen die Informationen auf der CD hingegen nicht. Weder auf der Verpackung noch auf der CD selbst findet sich eine ladungsfähige Anschrift des Herstellers. Allein dem Copyright-Hinweis ist zu entnehmen, dass die EMI Records Limited die Rechtsinhaberin ist. Es liegt daher ein Verstoß gegen § 95d Abs. 2 UrhG vor.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich m. E. ein Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG.

6.5.2.2 Test-CD 2: Kate Bush – „Aerial“

Die CD der Interpretin Kate Bush wurde ausgewählt, da es sich hierbei um eine Neuerscheinung[254] der Firma EMI handelt, die selbst bekundet, in der Regel Kopierschutzsysteme einzusetzen. Auf der Verpackung ist keinerlei Hinweis auf technische Schutzmaßnahmen vorhanden. Es sollte daher überprüft werden, ob dies nicht – unter Verstoß gegen § 95d UrhG – faktisch doch der Fall ist.

Die Überprüfung der CD ergab keinen Befund. Die Tracks auf der CD ließen sich ohne weiteres auf die Festplatte kopieren, brennen und in MP3-Dateien umwandeln. Diese Stichprobe legt den Schluss nahe, dass sich EMI an die Hinweis-Vorschriften hält und keinen Kopierschutz aufbringt, ohne dies entsprechend kenntlich zu machen.

Die Untersuchung hat auch ergeben, dass mehrere Neuveröffentlichungen des Unternehmens (die o. g. CD von Coldplay ist etwas älter, vom Juni 2005) keine Kopierschutzhinweise aufweisen. Ob dies damit zu erklären ist, dass EMI in Zukunft dem Verhalten der anderen Hersteller folgen will, die weitgehend ohne Kopierschutz ausliefern, ist jedoch nicht ersichtlich. Öffentliche Verlautbarungen in diese Richtung konnten nicht ermittelt werden.

6.5.2.3 Test-CD 3: Jennifer Lopez – „Rebirth“

Das Album von Jennifer Lopez ist im August 2005 im Label Epic erschienen, das zu Sony-BMG gehört. Es gehört zu den wenigen Produkten dieses Herstellers, die überhaupt über einen Kopierschutz verfügen.

Kopierschutzsystem

Sony-BMG verwendet nach den Angaben auf der CD das eigene Kopierschutzsystem „OpenMG“[255]. Auf der getesteten CD sind zwei Sessions (also zwei CD-Images) vorhanden. Die eine Session enthält die eigentlichen Musik-Tracks (auf einem Windows-PC ist diese Session unsichtbar), die andere wiederum einige Windows-Dateien, u. a. eine Player-Software.

Nach den Angaben des Herstellers kann man die Titel von der CD mittels einer speziellen Software (Music Player), die sich auf der CD befindet, auch auf die Festplatte eines PCs kopieren. Diese Software installiert sich selbsttätig, wenn man erstmals versucht, einen Titel auf die Festplatte eines PCs zu kopieren. Nachdem die Titel einmal auf einen Computer importiert wurden, können sie erst dann erneut importiert (also auf einen Computer kopiert) werden, wenn die erste Kopie gelöscht wurde. Vom Computer aus können die Tracks auf ein OpenMG-kompatibles Gerät kopiert werden, z. B. auf einen mobilen Player von Sony. iPod oder andere MP3-Player sind nicht kompatibel.

Nach eigenen Angaben des Herstellers sollen OpenMG-geschützte CDs nicht auf Macintosh-Computern importiert oder kopiert werden können. Ein Test hat das Gegenteil

---

254 Der Release war am 4. November 2005.

255 Informationen über das System finden sich unter http://www.heise.de/newsticker/meldung/29860; http://www.copycontrolhelp.com/german/faq.html.

ergeben. Die Dateien konnte ohne weiteres mit iTunes importiert und dabei in MP3-Dateien konvertiert werden. Auch das Brennen auf eine CD funktionierte mit der Standard-Software „Toast“ für Macintosh ohne Probleme.

Auf dem Windows-PC war dagegen die OpenMG-Player-Software notwendig, um die CD überhaupt abzuspielen. iTunes hat die CD nicht als Audio-CD erkannt. Es war damit auch nicht möglich, die Titel mit iTunes umzuwandeln, auf der Festplatte zu speichern oder zu brennen.

Kopierschutzhinweise

Die Beschriftung der CD ist der Test-CD 1 ähnlich. Wie dort findet sich auf der Vorderseite im linken Rahmen ein deutlich sichtbarer Hinweis (hier: Kopierschutzlogo und Aufschrift: „Copy Protected & Pre-Ripped for PC“). Auf der Rückseite sind weitere Details angegeben. Anders als bei dem EMI-Produkt findet sich hier allerdings kein weiterer Hinweis darauf, dass die CD nicht oder nur eingeschränkt kopiert werden kann.

Zudem ist angegeben, dass die CD nur mit Windows-Computern kompatibel sein soll (was nicht stimmt, s. o.), und es findet sich der Hinweis auf OpenMG (ohne den Begriff zu erklären). Obwohl die CD anscheinend nicht auf allen Playern abspielbar ist[256], enthält die Verpackung der Test-CD 3 keinen Hinweis auf mögliche Kompatibilitätsprobleme.

M. E. reichen die vorgenannten Hinweise auf dem Sony-BMG-Produkt nicht aus, um den Anforderungen von § 95d Abs. 1 UrhG zu genügen. Vor allem hätte auch hier ein Hinweis auf mögliche Kompatibilitätsprobleme angegeben werden müssen. Dieser Hinweis stellt m. E. – und hierfür spricht auch die oben zitierte Gesetzesbegründung – eine Pflichtangabe dar, da es bei CDs, die auch Datenbestandteile enthalten, meines Wissens immer zu Abspielproblemen kommen kann. Da der Hinweis fehlt, liegt ein Verstoß gegen § 95d Abs. 1 UrhG vor.

Auch dem § 95d Abs. 2 UrhG werden die Hinweise auf der CD nicht gerecht. Weder Verpackung noch Booklet weisen eine genaue Herstellerbezeichnung oder gar eine ladungsfähige Anschrift auf. Daher liegt ein Verstoß gegen dieses Gebot vor.

Dem könnte allenfalls das Argument entgegengesetzt werden, dass solche Hinweise nicht notwendig seien, wenn das DRM Kopien der Inhalte, wie vorliegend, gar nicht vollständig verhindern soll. Für dieses Argument scheint zunächst zu sprechen, dass § 95d Abs. 2 UrhG nur als flankierende Bestimmung zu § 95b UrhG wirken und die Durchsetzung der dort geregelten Ansprüche (v. a. auf Vervielfältigung) sichern soll.

Aus dem Wortlaut von § 95d UrhG ergibt sich – neben diesem dogmatischen Argument – allerdings kein Anhaltspunkt, dass sich die Kennzeichnungspflicht auf Fälle beschränken soll, in denen das DRM überhaupt keine Vervielfältigungen zulässt. Vielmehr heißt es hier nur: „Wer Werke ... mit technischen Maßnahmen schützt, hat diese ... zu kennzeichnen.“ Die Annahme, dass die Kennzeichnungspflicht auf solche Fälle beschränkt ist, in denen die Funktionsweise der technischen Schutzmaßnahme tatsächlich Ansprüche nach § 95b

[256] Nach Angaben der Testdatenbank der c’t sind zumindest zwei Fälle dokumentiert, in denen sich die CD auf bestimmten Computerlaufwerken nicht abspielen ließ. Tatsächlich sind nicht alle Geräte, vor allem Hifi-CD-Spieler, in der Lage, CDs, die eine Daten-Session enthalten, abzuspielen. Kompatibilitätsprobleme sind daher bei solchen CDs stets wahrscheinlich.

Abs. 2 UrhG auslösen kann, findet in dem Wortlaut mithin keine Stütze. Im Übrigen erscheint es auch sinnvoll, die Kennzeichnungspflicht auf alle Fälle, in denen technische Schutzmaßnahmen eingesetzt werden, zu erstrecken. Denn es wird kaum auszuschließen sein, dass das DRM auch bei noch so moderater Ausgestaltung nicht doch die oder andere der durch § 95b Abs. 1 UrhG privilegierten Handlungen unterbindet. Zur Sicherung aller denkbaren Ansprüche ist daher eine allgemeingültige Kennzeichnungspflicht geboten.

6.5.2.4 Test-CD 4: Die Ärzte – „Devil“

Bei der Ärzte-CD „Devil“ handelt es sich um ein Re-Release mit Bonusmaterial der in den Achtzigerjahren veröffentlichten Platte „Debil“. Die CD wurde am 21. Oktober 2005 von Sony-BMG auf den Markt gebracht. Sie enthält neben den Tracks von dem Original-Album einige Bonustracks und zudem einen CD-ROM-Teil mit Videodateien. Zum Abspielen der Videos ist eine Player-Software auf der CD enthalten, zudem finden sich die Dateien auch im MP4-Format auf der CD, um Wiedergaben in hoher Qualität zu gewährleisten[257].

Beim Einlegen der CD zeigen sich zwei Sessions, auf der einen sind die Musik-Tracks gespeichert, auf der anderen findet sich der CD-ROM-Teil mit Software und Videos.

Die CD wurde ausgewählt, da sie mit einer außergewöhnlichen Aufschrift versehen ist. Auf der Rückseite findet sich ein Logo, das eine Hand mit ausgestrecktem Mittelfinger zeigt. An einem anderen Finger dieser Hand wird das Kopierschutzlogo der IFPI dargestellt. Die Grafik ist zudem mit dem Satz: „Wie immer ohne Kopierschutz“ beschriftet. Die Tatsache, dass auf der CD auch ein ROM-Teil mit einem Computerprogramm und Videodateien enthalten ist, ließ zweifeln, ob diese Angabe tatsächlich auf alle hierauf enthaltenen Dateien zutrifft.

Dennoch trifft der Aufdruck zu. Alle auf der CD befindlichen Dateien (einschließlich der Abspiel-Software für die Videos) lassen sich problemlos kopieren. In einer Hilfedatei wird sogar ausdrücklich empfohlen, die Videos auf die Festplatte zu kopieren, damit die Abspielqualität gesteigert werden kann.

---

[257] Mit der enthaltenen Playersoftware lassen sich die Videos nur in geringer Qualität abspielen, da die hieran angepassten Dateien stark komprimiert sind.

7 Nutzungsbedingungen und DRM bei Bildträgern (z.B. DVD, Video)

7.1 Der Einsatz von Kopierschutztechnologien bei Video-DVDs

Anders als Audio-CDs sind Video- und Audio-DVDs (nachfolgend zur Vereinfachung: DVDs) ersichtlich ausnahmslos kopiergeschützt. Zum einen enthalten alle DVDs das Abspiel-DRM-System RPC (Regional Playback Control). Um ihre regional-zeitlich gestaffelte Auswertungskette zu schützen[258] hat die Filmindustrie mit RPC sog. regionale Codes eingeführt, die verhindern, dass Produkte aus einer Region in einem anderen Teil der Welt abgespielt werden können. Nach diesem System ist die Welt in 6 verschiedene Regional-Codes aufgeteilt[259].

Neben RPC enthalten alle DVDs das DRM-System CSS (Content Scrambling System)[260]. Dies wurde maßgeblich von Toshiba und Matsushita entwickelt. Das System basiert auf einem Verschlüsselungssystem. Jede DVD wird mit einem Master- und einem Zugangs-Schlüssel versehen. Der Zugangs-Schlüssel wird an die Hersteller von DVD-Playern lizenziert. Er ist für die Entschlüsselung der auf der DVD befindlichen Daten durch das Abspielgerät erforderlich. Ein Spieler oder Recorder, der einen solchen Schlüssel nicht enthält, kann DVDs nicht abspielen[261].

CSS soll in erster Linie ein Abspielen auf nicht-lizenzierten Geräten verhindern. Es ist daher zwar nicht im eigentlichen Sinne ein Kopierschutzsystem. Dennoch verhindert die Verschlüsselung, das DVDs ohne weiteres – sofern man nicht eine rechtswidrige „Ripper-Software" einsetzt – kopiert werden können.

---

[258] Bekanntlich laufen Filme auf verschiedenen Kontinenten zu unterschiedlichen Zeiten im Kino an. Ebenfalls zeitlich gestaffelt wird die Markteinführung von Bildträgern vorgenommen. Mit RPC soll verhindert werden, dass DVDs aus einem Teil der Welt in den anderen geliefert und dort vor Kino- oder DVD-Start konsumiert werden können. Vgl. Näheres zu den Regional Codes bei Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002, S. 110 ff.

[259] Eine weitere Region ist für bestimmte Aufführungsorte wie Flugzeuge, Schiffe und Hotels reserviert.

[260] Die Verwendung von CSS ist in der Definition des DVD-Standards enthalten. Das System ist damit notwendiger Bestandteil eines jeden, als DVD bezeichneten, Bildträgers. Dies erklärt den umfassenden Einsatz des DRM-Systems bei allen DVDs.

[261] Näheres über die Funktion von CSS kann unter: http://de.wikipedia.org/wiki/Content_Scrambling_System nachgelesen werden.

7.2 Die rechtliche Situation in Bezug auf den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen nach den §§ 95a ff. UrhG bei DVDs

Da die Bestimmungen der §§ 95a ff. UrhG für alle Werke außer Computerprogrammen gelten, besteht auch für DVD-Videos der oben, Punkt 2.5.2, beschriebene Rechtsrahmen. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

Als Besonderheit gegenüber der CD-Audio soll bei DVDs – da es sich um eine nutzungsbeschränkende, technische Schutzmaßnahme handelt – nach § 95d Abs. 1 UrhG auch der Regional-Code angegeben werden müssen[262]. Ob dem uneingeschränkt zu folgen ist, ist allerdings fraglich. Sofern es sich nicht um die seltene Ausnahme eines Import-Filmes handelt, der gezielt vom Hersteller in einer Region angeboten wird, in der ein anderer Regional-Code gilt, werden die technischen Anforderungen des RPC auf dem Zielmarkt bei allen Verbrauchern nahezu ausnahmslos erfüllt werden. Der Verbraucher kann und wird zutreffend damit rechnen, dass in seiner Region erhältliche DVDs mit dem hier lauffähigen Ländercode versehen sind. Wäre dies ausnahmsweise nicht der Fall, müsste dies natürlich entsprechend kenntlich gemacht werden. Ansonsten beschränkt sich das Verbraucherinteresse an Angaben über den Regional-Code wohl eher auf besonders gelagerte Fälle, deren Bedeutung so gering ist, dass eine allgemeine Pflicht, solche Hinweise zu geben, m. E. kaum statuiert werden kann.

Im Übrigen wirft die Verwendung der DRM-Komponenten bei DVDs auch weit reichende und komplexe kartellrechtliche Fragen auf. Dies gilt z. B. für die Technologie-Lizenzverträge, die zwischen den Entwicklern der DRM-Komponenten und den Herstellern von Unterhaltungselektronik geschlossen werden und die z. T. Klauseln enthalten, die die Interessen der Inhalte-Anbieter schützen sollen[263]. Die kartellrechtlichen Aspekte solcher Vereinbarungen sind in Literatur und Rechtsprechung bis heute kaum beachtet worden. Kartellrechtlich problematisch erscheinen diese Lizenz-Technologieverträge insbesondere von daher, als hier die Lizenzierung der eigentlichen Technologie an die Pflicht gekoppelt wird, bestimmte DRM-Komponenten (wie CSS, RPC) zu implementieren[264]. Auch wirft die Regional-Kodierung verbraucherrelevante Probleme dahingehend auf, dass im Ausland gekaufte DVDs z. T. nicht auf heimischen Playern abgespielt werden können (was heute indes allseits bekannt sein dürfte, s. o.) und dass durch den Einsatz derartiger Technologien künstliche Märkte geschaffen werden, die gegen Märkte mit u. U. günstigeren Endabnehmerpreisen technisch abgeschottet werden.

Im vorliegenden Kontext ist es nicht möglich, diese komplexen Fragen aufzugreifen und rechtlich zu überprüfen. In Bezug auf Lizenz-Technologieverträge gilt dies schon deshalb, da die zu überprüfenden Lizenzbestimmungen zu großen Teilen nicht öffentlich verfügbar sind. Es ist daher schon faktisch – ohne über exklusive Informationen zu verfügen – nicht möglich, diese auf unzulässige Koppelungsvereinbarungen, Gebietsbeschränkungen, Wettbewerbsverbote oder Preisbindungen zu überprüfen. Selbst wenn die untersuchungsrelevanten Informationen jedoch verfügbar wären, würden derartige rechtliche Untersuchungen den Rahmen dieser Studie in jeder Hinsicht sprengen. Es kann dem daher hier nicht weiter nachgegangen werden.

---

[262] So Wandtke/Bullinger-Wandtke/Ohst, Ergänzungsband § 95d, Rn. 7.
[263] Vgl. ausführlich hierzu Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 178 ff.
[264] Vgl. hierzu Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 193 ff.

7.2.1 Kopierschutzhinweise auf DVDs

Anders als bei Audio-CDs scheint es für DVDs kein einheitliches Kopierschutzlogo zu geben. Manche Hersteller verwenden ein kleines Logo, das durch die Aufschrift „Diese DVD ist mit Kopierschutz ausgestattet, um Vervielfältigungen zu verhindern“ ergänzt wird. Bei anderen findet sich der Kopierschutzhinweis mehr oder weniger klein in der Beschriftung des Bildträgers. Es fiel auf, dass die Beschriftungen bei allen zu Testzwecken erworbenen DVDs weit weniger deutlich sichtbar waren als die standardisierten Aufdrucke auf Audio-CDs. Zu Einzelheiten siehe im Folgenden.

7.2.2 Beispiel-DVDs als Ergebnis einer stichprobenhaften Untersuchung des Marktes

7.2.2.1 Test-DVD 1: Lucasfilm Ltd. – „Star Wars Episode II – Die Rache der Sith“

In der Kalenderwoche 48/2005 war der 3. Teil der Star-Wars-Saga die meistverkaufte DVD. Die DVD ist in Deutschland am 31. Oktober 2005 auf den Markt gekommen. Rechtsinhaber ist die Firma Lucasfilm Ltd. Der deutsche Vertrieb wird von der Twentieth Century Fox Home Entertainment Deutschland GmbH durchgeführt.

Das DVD-Paket enthält zwei Discs, auf der einen ist der Hauptfilm enthalten, auf der anderen findet sich Bonusmaterial, das auf der Rückseite der Verpackung als „Sonderausstattung“ beworben wird (mit angeblich über sechs Stunden Länge).

Kopierschutzhinweise gem. § 95d Abs. 1 UrhG

Ausweislich der Hinweise auf der DVD ist diese kopiergeschützt. Ein Hinweis findet sich in der rechten unteren Ecke der Verpackungsrückseite. Auch die beiden Bildträger weisen dieses Symbol, einschließlich des Zusatzes „Copy Protected“, auf ihren Labels auf.

Die Verpackungsaufschrift, auf die es bei der Prüfung von § 95d Abs. 1 UrhG allein ankommt, ist sehr klein. Dies gilt v. a. für den Hinweis „Diese DVD ist mit Kopierschutz ausgestattet, um Vervielfältigungen zu verhindern“, der mit bloßem Auge ohne Sehschwäche gerade noch zu lesen ist. Wahrscheinlich würde der Hinweis nur bei intensiver Untersuchung der Verpackung auffallen, wäre nicht daneben ein – ebenfalls sehr kleines – Logo, das aus einem roten, durchgestrichenen Kreis (ähnlich einem Verbotsschild) besteht, in dem zwei mit Pfeilen verbundene CDs (oder DVDs) abgebildet sind. Dieses Symbol hebt sich aufgrund seiner roten Farbe von der schwarzen Verpackung einigermaßen ab und fällt daher – trotz seiner geringen Größe – jedenfalls bei genauerem Hinsehen ins Auge. Hat man dies einmal entdeckt, fällt auch der Text daneben auf. Man kann also letztlich nicht sagen, dass der Hinweis versteckt wäre.

Ein Hinweis auf den Ländercode findet sich auf der Verpackung nicht, was in diesem Fall (deutsche DVD für den deutschen Markt) jedoch m. E. auch nicht erforderlich sein dürfte.

Ob der Kopierschutz-Hinweis – der in seiner Gesamtheit von Logo und Text betrachtet werden muss – entsprechend den gesetzlichen Anforderungen „deutlich sichtbar“ ist, ist zweifelhaft. M. E. handelt es sich hierbei um einen Grenzfall. Ein Indiz, das hiergegen spricht, ist, dass längst nicht alle Verbraucher in der Lage sein werden, den

Kopierschutzhinweis wahrzunehmen. Das Logo ist für sich genommen nicht besonders aussagekräftig, allein aus der Abbildung dürfte sich dem Verbraucher nicht erschließen, dass die DVD nicht kopiert werden kann. Es bedarf dazu also der ergänzenden Erläuterung des daneben stehenden Textes. Dieser ist jedoch so klein gedruckt, dass ihn Verbraucher schon mit mittleren Sehschwächen wahrscheinlich nicht mehr lesen können.

Ob dies ausreicht, um einen Verstoß gegen § 95d Abs. 1 UrhG zu begründen, ist angesichts der auslegungsbedürftigen Rechtsnorm nicht sicher. Rechtsprechung zu dieser Frage ist bisher ersichtlich nicht ergangen; ohnehin käme es stets auf den Einzelfall an. Man könnte argumentieren, dass ein Aufdruck, der vom Durchschnittsverbraucher erkannt und gelesen werden kann, ausreiche und dass der Durchschnittsverbraucher in der Lage sein wird, den Hinweis auf der Star-Wars-DVD zu entziffern. Andererseits könnte man sagen, dass der Hinweis gerade nicht „deutlich sichtbar“ sei, da er nicht von jedermann ohne weiteres wahrgenommen werden kann (hierfür spräche m. E. einiges). Die Bewertung hinge also davon ab, wie groß man den Kreis des durchschnittlichen Verbrauchers zieht. Wie ein Gericht dies sehen würde, ist letztlich nur schwer zu prognostizieren.

Adressangabe gem. § 95d Abs. 2 UrhG

Weder die Außenhülle noch das Booklet enthalten eine zustellungsfähige Anschrift des Rechtsinhabers. Hier finden sich lediglich Angaben über den Copyright-Inhaber (Lucasfilm Ltd.) sowie den Vertrieb, ohne dass jeweils die Anschrift genannt wäre. Es liegt damit jedenfalls ein Verstoß gegen §§ 4 Nr. 11 UWG, 95d Abs. 2 UrhG vor.

7.2.2.2 Test-DVD 2: Universum Film – „Sahara“

Die DVD „Sahara“ ist am 7. November 2005 erschienen. Sie wird von Sony-BMG vertrieben. Wer den Film produziert hat, wird nicht ganz klar. Laut Copyright-Hinweis sollen die Rechte bei Universum Film liegen[265].

Kopierschutzhinweise gem. § 95d Abs. 1 UrhG

Auf der DVD findet sich ein Kopierschutz-Hinweis, der erst nach einiger Suche aufgefunden werden konnte. Dieser ist – in immerhin nicht allzu kleiner und gut lesbarer Schrift (Großbuchstaben) – am unteren Rand der Rückseite der Verpackung aufgedruckt. Es heißt hier: „DVD ist kopiergeschützt. Der Kopierschutz hat keine Auswirkungen auf die Abspielbarkeit der DVD.“

Auch in diesem Fall stellt sich die Frage, ob der Hinweis in seiner konkreten Ausgestaltung den Anforderungen des § 95d Abs. 1 UrhG Genüge tut. Wenn der Hinweis auch in gut lesbarer Schrift gedruckt ist, wurde doch ein relativ kleiner Schrifttyp gewählt. Die Schrift unterscheidet sich von dem sonstigen, umfangreichen Text auf der Verpackungsrückseite nicht durch (etwa farbliche) Hervorhebung. Dass hierfür nur Großbuchstaben verwendet

---

[265] Anschrift: Universum Film GmbH, Neumarkter Str. 28, 81673 München, Tel.: 089 4136-9600, Fax: 089 4136-9871.

wurden, fällt kaum auf. Auch wurde hier – anders als bei Star Wars – kein Logo verwendet, das dem Betrachter evtl. ins Auge fallen würde.

Allgemein ist äußerst fraglich, ob Hinweise in dieser oder ähnlicher Form ausreichen können. Als „deutlich sichtbar", also ohne weiteres zu erkennen, sind die Angaben weder hier noch bei der Star-Wars-DVD zu bezeichnen. M. E. bedürfte es, um dem gerecht zu werden, wesentlich deutlicherer Hervorhebung. Nicht abwegig erscheint es sogar, von einer Pflicht zur Angabe (auch) auf der Vorderseite der DVDs auszugehen. Denn auf der Rückseite findet sich bei solchen Produkten stets eine größere Menge Text, wie eine Kurzbeschreibung des Filminhalts, eine Aufführung der Darsteller, Inhaltsangaben über die Features der DVD, Copyright-Hinweise usw. Den Kopierschutzhinweis hier ohne besondere Hervorhebung durch auffallende Farben oder bunte Logos o. Ä. zu integrieren, führt dazu, dass dieser entweder durch Zufall oder nur dann gefunden wird, wenn man danach sucht. Dies jedoch ist natürlich nicht im Sinne des § 95d Abs. 1 UrhG.

Ein Verstoß gegen § 95d Abs. 1 UrhG liegt daher m. E. nahe.

Adressangabe gem. § 95d Abs. 2 UrhG

Auch auf der Sahara-DVD findet sich keine Anschrift des Rechtsinhabers. Zwar enthält die DVD einige Angaben zu verschiedenen Unternehmen. Auch steht im Kleingedruckten auf der Rückseite der Außenhülle „Universum Film GmbH, 81673 München". Es fehlt jedoch sowohl an einer Angabe der Straße als auch an einem konkreten Hinweis, wer überhaupt potenzieller Anspruchsgegner gem. § 95b Abs. 2 UrhG wäre. M. E. sollte auch dies vor allem bei Produkten der Unterhaltungsindustrie in der Regel erforderlich sein. Denn angesichts der unübersichtlichen Unternehmensstrukturen sowie Herstellungs- und Vertriebswege dürfte es den meisten Schrankenbegünstigten kaum möglich sein, den richtigen Anspruchsgegner ohne dezidierte Angaben zu ermitteln. Dies zeigt sich anschaulich an Sahara: Auf der Rückseite der DVD sind nicht weniger als sieben Firmenlogos aufgedruckt, im Kleingedruckten findet sich ein weiterer Firmenname. Allein wenn die DVD (nur) eine Adresse nennt, die auch zum jeweiligen Rechtsinhaber (Anspruchsgegner) gehört, mag dies genügen, da so Verwechselungen und Unsicherheiten evtl. ausgeschlossen werden können.

Damit dürfte auch ein Verstoß gegen § 95d Abs. 2 UrhG vorliegen.

7.2.2.3 Test-DVD 3: Kinowelt Home Entertainment GmbH - „Million Dollar Baby" Special Edition

Million Dollar Baby wurde mit vielen Filmpreisen prämiert (u. a. 4 Oscars, auch dem für den besten Film). Der Film ist am 4. Oktober 2005 als DVD in der Reihe „Arthaus" erschienen. Es gibt die DVD in verschiedenen Editionen (Limited Edition, Special Edition und Einzel-DVD). Als Testobjekt wurde die Special Edition gewählt, die 2 DVDs, eine mit dem Film und eine mit Extras, enthält. Der ©-Hinweis weist die Kinowelt Home Entertainment GmbH als Rechtsinhaberin aus[266].

---

[266] Anschrift: Kinowelt Home Entertainment GmbH, Karl-Tauchnitz-Straße 10, 04107 Leipzig.

Die DVD-Verpackung ist aufwändig gestaltet und mit einem kleinen Folder als Außenhülle versehen. Dieser ist schwarz, die Aufschrift ist weiß.

Kopierschutzhinweise gem. § 95d Abs. 1 UrhG

Die DVD wurde als Beispiel ausgewählt, weil sich beim Kauf, trotz minutenlanger Untersuchung, kein Kopierschutzhinweis auf der Verpackung fand. Eine nochmalige Untersuchung hat diesen dann doch noch zu Tage gefördert. Er befindet sich nicht auf der Rückseite des Folders, der die Außenhülle bildet, sondern auf einer der Längsseiten (genauer gesagt: der Unterseite). Hier steht, unter den üblichen GEMA- und ©-Hinweisen: „Diese DVD ist kopiergeschützt".

Der Aufdruck ist so klein, dass er nur mit guten Augen entziffert werden kann. Zudem dürfte üblicherweise – wie auch bei der hier durchgeführten Suche – ein Auffinden nur durch Zufall oder dann möglich sein, wenn man die ganze Hülle intensiv nach diesem Hinweis absucht.

Daher liegt m. E. ein klarer Verstoß gegen § 95d Abs. 1 UrhG vor. Hieran ändert die Tatsache, dass auch auf den Labels der DVDs selbst ein Kopierschutz-Hinweis aufgedruckt ist, nichts. Abgesehen davon, dass auch dieser kaum auffindbar sein dürfte (der Hinweis ist Teil der Randbeschriftung der DVD), reicht es gerade nicht aus, den Verbraucher über derlei Tatsachen aufzuklären, nachdem er das Produkt bereits erworben hat. Da die DVD im Handel eingeschweißt ist, kann die Innenseite der Verpackung nicht in Augenschein genommen werden.

Adressangabe gem. § 95d Abs. 2 UrhG

Anders als die vorstehend genannten Beispiele enthält die DVD der Kinowelt einen Aufdruck mit Namen und Anschrift des Herstellers. Auch diese Angabe findet sich auf der Längsseite bei dem Kopierschutz-Hinweis. Dies dürfte, angesichts des Umstands, dass Abs. 2 keine „deutlich sichtbaren" Hinweise verlangt, jedoch ausreichend sein. Auch angesichts des Regelungszwecks scheint es ausreichend, wenn der Hinweis auf dem Produkt irgendwo angebracht ist. Demjenigen, der einen Anspruch nach § 95b Abs. 2 UrhG geltend machen will, ist zuzumuten, diesen auf dem Produkt zu suchen. Auch wird er dem in einer solchen Situation die nötige Zeit und Aufmerksamkeit widmen können.

7.2.2.4 Test-DVD 4: Concorde Home Entertainment – „Alone in the Dark – Directors Cut"

Der Film „Alone in the Dark" ist am 2. November 2005 auf DVD erschienen. Es sind verschiedene Varianten erhältlich, u. a. die hier untersuchte ungeschnittene Version. Die DVD wird ebenso wie „Million Dollar Baby" in einer Folderverpackung verkauft, in der sich eine weitere, normale DVD-Hülle befindet. Hersteller ist laut ©-Hinweis die Firma

Concorde Home Entertainment [267]. Die Außenhülle ist schwarz, mit vorwiegend weißer und roter Schrift.

Kopierschutzhinweise gem. § 95d Abs. 1 UrhG

Außenhülle wie DVD-Hülle (die beim Kauf jedoch wegen der Einschweißung nicht angesehen werden kann) enthalten den Hinweis: „DIESE DVD IST KOPIERGESCHÜTZT!“ (in Großbuchstaben). Auch hier ist der Hinweis in den Fließtext der Rückseite integriert. Er findet sich in kleiner Schrift im linken unteren Bereich der Rückseite als erster Satz eines ganzen Absatzes, in dem zudem Copyright-Hinweise und die üblichen Ausführungen zu den erlaubten Nutzungshandlungen abgedruckt sind[268].

Wie zuvor ausgeführt, reicht auch dieser Hinweis im Zweifel nicht aus, den Anforderungen von § 95d Abs. 1 UrhG gerecht zu werden. Auf die Argumente oben, Punkt 2.5.3, soll insoweit verwiesen werden.

Adressangabe gem. § 95d Abs. 2 UrhG

Die DVD „Alone in the Dark“ enthält auf der Rückseite der eigentlichen (Innen-)Hülle und auf dem Folder die Adresse des Herstellers, der Concorde Home Entertainment GmbH. Damit dürfte ein Verstoß gegen § 95d Abs. 2 UrhG ausscheiden.

---

[267] Anschrift: Concorde Home Entertainment GmbH, Rosenheimer Straße 143b, 81671 München.

[268] Hierbei handelt es sich um stets ähnliche Formulierungen, die darauf hinweisen, dass die kommerzielle und/oder öffentliche Nutzung außerhalb des privaten Bereichs untersagt ist.

8 Lizenzbestimmungen und DRM von Computerspielen

8.1 Die Verwendung von Lizenzbestimmungen für Computerspiele

Computerspiele werden auf dem Markt wie Computerprogramme gehandelt. Wie Anwendungsprogramme oder Betriebssysteme werden sie stets mit Lizenzbestimmungen ausgeliefert. Diese liegen den Programmen teils in gedruckter Form bei (in solchen Fällen meist als Bestandteil des Handbuchs), teils sind sie nur als Datei auf den Datenträgern enthalten. In der Regel müssen die Lizenzbestimmungen bei der Programminstallation – wie bei Computerprogrammen – „akzeptiert" werden, wodurch suggeriert werden soll, dass der Kunde mit dem Anbieter einen rechtsgültigen Vertrag schließt[269].

Die Lizenzbestimmungen von Computerspielen sind häufig recht kompliziert. Dies gilt v. a. bei onlinefähigen Programmen, bei denen der Nutzer neben den Regeln für das Spiel solche für den jeweiligen Online-Dienst befolgen soll. Hier existieren dann z. T. zweierlei Nutzungsbedingungen, denen der Anwender jeweils zustimmen muss.

8.2 Verbote von Sicherungskopien bei Computerspielen

8.2.1 Untersuchungsgegenstand

Im Folgenden soll untersucht werden, ob von Seiten der Computerspiele-Anbieter die Möglichkeit besteht, dem Nutzer die Anfertigung von Sicherungskopien zu untersagen. Solche Verbote stellen im vorliegenden Kontext einen in verschiedener Hinsicht bedeutsamen Aspekt dar. Zum einen greifen Verbote von Sicherungskopien erheblich in die Interessen der Nutzer ein, da die Original-Datenträger verloren gehen oder beschädigt werden können. Tritt ein solcher Defekt auf und kann der Nutzer nicht auf eine Sicherungskopie zurückgreifen, ist er an der Nutzung des rechtmäßig erworbenen Computerspiels gehindert und muss dies u. U. neu erwerben.

Zum anderen ist das auf Computerspiele anwendbare, komplexe Regelungsgefüge des Urheberrechts ein weitgehend vernachlässigter Forschungsbereich, sodass hier nach wie vor erhebliche Rechtsunsicherheit besteht. Um dies aufzuarbeiten, bietet sich die Problematik „Sicherungskopierverbote in Lizenzbestimmungen von Computerspielen" an, da sich hieran erhellen lässt, in welchem Verhältnis die urheberrechtlichen Regelungen über Computerprogramme (§§ 69a ff. UrhG) zu den allgemeinen Regelungen, vor allem über den Schutz vor Umgehung von technischen Maßnahmen (§§ 95a ff. UrhG), stehen. Die Sondervorschriften über Computerprogramme führen z. T. zu erheblich abweichenden Ergebnissen.

---

[269] Dass dies in der Regel nicht der Fall sein wird, da die Lizenzbestimmungen nach der h. M. in Nutzerverträge nicht wirksam einbezogen werden, wurden oben, Fn. 2, ausgeführt.

Gerade diese Thematik gewinnt zunehmend an Bedeutung, da bei digitalen Produkten (wie auch z. B. Datenbanken, Multimediawerken, Film-DVDs oder – wie oben gesehen – Musik-CDs usw.) immer häufiger Computerprogramme mit anderen Werkarten kombiniert werden. In all den Fällen, in denen sich diese Bestandteile nicht trennen lassen, kann sich die Frage stellen, ob für bestimmte Nutzungshandlungen oder urhebervertragsrechtliche Aspekte die Spezialregelungen über Computerprogramme oder die allgemeinen Regelungen Anwendung finden. Erst dann kann beurteilt werden, ob etwa ein Verbot, Sicherungskopien anzufertigen, in Endnutzerbestimmungen wirksam vereinbart werden kann oder nicht[270].

8.2.2 Rechtliche Problemstellung

Ein Computerspiel ist eine Art „Hybrid-Werk". Bei seinen Bestandteilen handelt es sich in der Regel um verschiedene Werkarten wie dem Steuerungsprogramm einerseits und der audiovisuellen Darstellung andererseits. Während das Programm den urheberrechtlichen Regelungen über Computerprogramme unterfällt, kann die audio-visuelle Darstellung als Filmwerk, filmähnliches Werk oder als Laufbild Schutz genießen. Jedes einzelne Bild der audiovisuellen Darstellung wird zudem in der Regel als Lichtbild- oder Lichtbildwerk geschützt sein[271].

Computerspiele können daher keiner im Urheberrechtsgesetz geregelten Werkart direkt zugeordnet werden, woraus sich ein Problem mit kollidierenden Bestimmungen ergibt. Denn der Software-Schutz unterliegt den §§ 69a ff. UrhG, die viele Sonderbestimmungen gegenüber den allgemeinen Regelungen enthalten. Dies gilt auch und vor allem für die Schranken. So bestimmen z. B. die §§ 69d Abs. 2, 69g Abs. 2 UrhG, dass dem Nutzer eines Computerprogramms die Befugnis zur Herstellung einer Sicherungskopie nicht durch vertragliche Vereinbarungen aberkannt werden kann. Ein „Recht zur Anfertigung einer Sicherungskopie" ist § 69d Abs. 2 UrhG selbst wohl unmittelbar nicht zu entnehmen, da es sich bei dieser Norm (und auch § 69g Abs. 2 UrhG) um eine vertragsrechtliche Beschränkung, nicht aber um eine gesetzliche Lizenz oder sonstige Gestattung, handelt[272]. Ein solches Nutzerrecht ist aber jedenfalls aus § 69d Abs. 1 UrhG herzuleiten[273].

§ 69d Abs. 1 und Abs. 2 UrhG sollen insoweit die künftige Benutzung von Computerprogrammen durch den Nutzer sichern. Mit „Sicherungskopie" ist – in Abgrenzung zur Arbeitskopie (also dem Vervielfältigungsstück der Software, das auf dem Rechner installiert wird) – eine körperliche, dauerhafte Vervielfältigung – etwa auf CD-

---

[270] Die Einzelheiten dieser Problematik werden unten, Punkt 2.7.2.6, erörtert.

[271] Siehe zu Vorstehendem Dreier/Schulze-Dreier, § 69a, Rn. 17.

[272] So auch Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1013.

[273] Zwar könnte man hiergegen anführen, dass § 69d Abs. 1 UrhG nur solche Nutzungshandlungen gestattet, die für die bestimmungsgemäße <u>Benutzung</u> des Programms erforderlich sind und die Erstellung einer Sicherungskopie nicht der Benutzung selbst, sondern „nur" deren <u>Erhalt</u> dient. Dennoch soll § 69d Abs. 1 UrhG schon nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers insofern extensiv ausgelegt werden, da die Anfertigung von Sicherungskopien für die Benutzung (und den Erhalt der Benutzung) von Computerprogrammen von wesentlicher Bedeutung ist, vgl. die Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz, BT-Drcks. 14/4022, S. 12 (an dieser Stelle der Materialien ist ausdrücklich von einem „Recht auf Sicherungskopie" die Rede); ebenso Wandtke-Bullinger/Grützmacher, Hauptband, § 69d, Rn. 16 m. w. Nachw. A. A. Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1012 ff., der meint, die Gestattung zur Anfertigung von Sicherungskopien ergebe sich lediglich aus dem Lizenzvertrag.

ROM, Disketten oder DVD – gemeint, die gegen die Original-Datenträger ersetzt werden kann, falls diese zerstört werden oder verloren gehen[274].

Ein Pendant der Sicherungskopie-Regelung gibt es bei anderen Werkarten nicht. Hier gilt für derartige Vervielfältigungen allenfalls § 53 UrhG (die sog. „Privatkopieschranke"), der allerdings durch das Gesetz nicht für unabdingbar erklärt wurde. Auch ist § 53 UrhG nicht als (Nutzer-)Recht ausgestaltet, sondern lediglich als Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht. In den Gesetzesmaterialien zur Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft hat der Gesetzgeber hervorgehoben, dass die Privatkopieschranke nur dem Schutz der geistigen Eigentümer dienen soll, indem sie ein Marktversagen ausgleicht. Dieses liege darin, dass Vervielfältigungen im privaten Bereich – auch heute – nicht kontrollierbar seien, sodass die Urheber wenigstens in den Genuss einer Vergütung kommen sollen[275]. Von der Anerkennung eines (unabdingbaren und „durchsetzungsstarken") „Rechts auf Privatkopie" hat sich der Gesetzgeber damit ausdrücklich distanziert.

Es muss daher – im Gegensatz zur Sicherungskopien-Regelung – davon ausgegangen werden, dass die urheberrechtlichen Wertungen einem vertraglichen Ausschluss von Privatkopien nicht grundsätzlich entgegenstehen[276].

Entsprechend ist die Frage, ob auf Sicherungskopien von Computerspielen § 69d Abs. 2 UrhG oder § 53 UrhG zur Anwendung kommt, aus Sicht der Nutzerinteressen höchst relevant. Denn auf einer Computerspiel-CD-ROM befinden sich sowohl film- oder filmähnliche Werke als auch Computerprogramme. Will der Nutzer eine Sicherungskopie herstellen, kann und will er diese Bestandteile nicht trennen und etwa nur das Steuerungsprogramm sichern. Vielmehr nützt ihm die Kopie bei Verlust seiner Datenträger nur etwas, wenn er hiermit alle Bestandteile des Computerspiels wiederherstellen kann.

Regelungen in den Lizenzbestimmungen, mit denen Sicherungskopien untersagt werden, sind nach dem vorstehenden im Zweifel wirksam, wenn sie nur an den allgemeinen Vorschriften (v. a. der Privatkopieschranke) zu messen sind. Gelten hingegen die §§ 69a ff. UrhG, sind solche Klauseln nach § 69d Abs. 2 UrhG im Zweifel unwirksam. Es ist damit zu klären, welche Vorschriften für Computerspiele anwendbar sind. Sind die Spiele – wie in der Regel – kopiergeschützt, ist in diesem Zusammenhang zu klären, ob die Umgehungsvorschriften nach den §§ 95a ff. UrhG gelten oder auch insofern (nur) das

---

[274] Siehe die Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz (durch das die Computerprogramm-Richtlinie umgesetzt wurde), BT-Drcks. 14/4022, S. 12; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1016.

[275] Vgl. nur die klaren Ausführungen im 1. Referentenentwurf zum 2. Korb vom 27.9.2004, S. 35 f.

[276] So auch Dreier/Schulze-Dreier, vor §§ 44a ff., Rn. 9. Vertragsklauseln, mit denen ein Rechtsinhaber die Privatkopie ausschließt, können daher nur bei Hinzutreten anderer Aspekte als unwirksam betrachtet werden. Solche können sich etwa aus allgemeinen vertragsrechtlichen Aspekten ergeben; v. a. wenn derartige Ausschlussklauseln in AGB vorgesehen sind. Differenzierend Hohagen, Die Freiheit zur Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, Dissertation 2004, S. 504 ff., der meint, da die sachgerechte Abgrenzung der Rechte des Urhebers gegenüber der Allgemeinheit ein Grundanliegen des Urheberrechtsgesetzes darstelle und der Gesetzgeber diese Abwägung in § 53 UrhG konkretisiert habe, seid die Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen Gebrauch als wesentlicher Grundgedanke des Urheberrechtsgesetzes anzusehen. Dennoch sei nicht jede formularvertragliche Abweichung von § 53 UrhG als Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken des Gesetzes zu qualifizieren. Dies hänge von einer Gesamtabwägung nach Treu und Glauben gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB im Einzelfall ab.

Software-Recht, das in § 69f Abs. 2 UrhG eine eigene Regelung für technische Schutzmaßnahmen mit anderem Regelungsgehalt enthält. Erst nachdem die anwendbaren Regelungen ermittelt wurden, kann untersucht werden, ob hiernach Verbote von Sicherungskopien zulässig sind.

Die Untersuchungsgegenstände verdichten sich im Wesentlichen in den folgenden Fragen:

(1) Finden auf die Nutzung von Computerspielen die allgemeinen Regelungen (insbesondere die §§ 95a ff. UrhG) Anwendung, oder gelten hier die Regelungen über Computerprogramme (v. a. §§ 69c, 69d Abs. 2, 69f Abs. 2 UrhG)?

(2) Wenn die §§ 69d Abs. 2, 69f Abs. 2 UrhG gelten, ist der Nutzer trotz Einsatz von Kopierschutztechnologien nach dem Gesetz berechtigt, unter Umgehung der technischen Maßnahme eine Sicherungskopie anzufertigen, wenn ihm dies durch die Lizenzbestimmungen nicht untersagt wird[277]?

(3) Kann dem Nutzer durch die Lizenzbestimmungen eines Computerspiels verboten werden, Sicherungskopien anzufertigen?

Zunächst soll anhand der exemplarisch erworbenen Computerspiele die stichpunktartig ermittelte, tatsächliche Situation auf dem Computerspiel-Markt dargestellt werden. Wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird, enthalten alle Lizenzbestimmungen der ausgewählten Computerspiele das Verbot, Sicherheits- und andere Kopien des Produkts herzustellen. Im Detail unterscheiden sich diese Verbote indes.

8.2.3 Verbote von Sicherungskopien in den Lizenzbestimmungen der beispielhaft erworbenen Computerspiele

8.2.3.1 Die Lizenzbestimmungen von „Civilization“

Im Handbuch des Test-Spiels Civilization, das von der Firma „Take2 Interactive GmbH“[278] entwickelt wurde, finden sich auf den Seiten 202 ff. „Lizenz- und Garantiebedingungen“. Hiernach (Ziff. 5 Abs. 2) ist das Spiel kopiergeschützt.

In Ziff. 3 der Lizenzbestimmungen findet sich ein Kopierverbot. Hier heißt es:

„§ 3 Vervielfältigung, Sicherungs- und Ersatzkopien, Originaldatenträger

(1) Der Kunde darf von dem gelieferten Computerspiel KEINE Kopien, insbesondere keine Sicherungskopien anfertigen.

(3) Nach der Installation des Spiels auf dem Massenspeicher der eingesetzten Hardware darf der Originaldatenträger nur noch als Sicherheitskopie und zu rein archivarischen

---

[277] Sollten die §§ 95a ff. UrhG Anwendung finden, wäre dies wohl per se ausgeschlossen. Eine Selbsthilfe bei der Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen lassen die §§ 95a ff. UrhG sowie Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG auch dann nicht zu, wenn dies die Wahrnehmung einer Schrankenbestimmung ermöglichen soll.

[278] Anschrift: Take2 Interactive GmbH, Agnesstraße 14, 80798 München.

Zwecken verwendet werden. Wird der Originaldatenträger beschädigt oder in sonstiger Weise unbrauchbar, so kann der Kunde die Rechte des § 9 Abs. 3 geltend machen bzw. – wenn dessen Voraussetzungen nicht vorliegen – gegen Einsendung des Originaldatenträgers bei Take 2 eine Ersatzkopie anfordern. Der Kunde hat hierfür eine Kostenpauschale in Höhe von 10,- zu entrichten. Das Verfahren zum Erwerb der Ersatzkopie ist im Benutzerhandbuch unter dem Punkt „CD-Tausch" genauer beschrieben."

Wenn Take2 auch in Ziff. 9 Abs. 1 von einem „Recht des Kunden nach § 3 Abs. 3 Satz 2" spricht, gegen eine Kostenpauschale eine Ersatzkopie zu verlangen, wird dies durch einen Satz im Abschnitt „CD-Tausch" (siehe S. 205 f. des Benutzerhandbuchs) widerlegt. Dieser Abschnitt ist zwar nicht unmittelbar Bestandteil der Lizenzbestimmungen. Er wird jedoch durch den Verweis in deren § 3 Abs. 3 in diese einbezogen. Im Abschnitt „CD-Tausch" heißt es zunächst in Ziff. 2, dass man dem Nutzer nach Einsendung des Originals mitteilen werde „*ob wir das Spiel austauschen können*". In Ziff. 4. heißt es dann: „*Der CD-Tausch ist eine freiwillige Leistung durch die Take2 Interactive GmbH; es besteht kein rechtlicher Anspruch auf einen Umtausch."*

Dies bedeutet, dass dem Nutzer a) untersagt ist, selbst Sicherungskopien anzufertigen und b) der Anbieter dem Nutzer keinen Anspruch auf die Lieferung einer Ersatzkopie zusteht. Ob eine solche im Verlustfall zur Verfügung steht, unterliegt damit dem uneingeschränkten Ermessen des Unternehmens.

In § 9 der Civilization-Lizenzbestimmungen findet sich lediglich eine Garantieregelung[279]. Hiernach gewährt der Hersteller 90 Tage Garantie, u. a. auf die Funktionsfähigkeit des Datenträgers. Nach Abs. 3 dieser Klausel kann ein beschädigter Original-Datenträger innerhalb dieser Zeit im Rahmen der Garantie umgetauscht werden. Ist die installierte Kopie auf der eigenen Hardware nicht mehr nutzbar (etwa wegen einer defekten Festplatte oder der Neuanschaffung eines Rechners), der Datenträger zur Reinstallation wegen eines Defekts nicht mehr zu verwenden und die Garantiezeit abgelaufen, wäre der Kunde gezwungen, den Original-Datenträger gegen Zahlung von 10,- Euro ersetzen zu lassen. Eine eigene Sicherungskopie dürfte er gem. § 3 Abs. 1 dagegen weder anfertigen noch verwenden.

8.2.3.2 Die Lizenzbestimmungen von „World of Warcraft"

„World of Warcraft" (nachfolgend: WoW) ist ein Produkt der Firma „Blizzard Entertainment"[280]. Es handelt sich um das wohl bisher erfolgreichste Online-Spiel[281], das

---

[279] Auf die Garantieregelungen wird im vorliegenden Kontext eingegangen, da auch diese eine gewisse Sicherung der zukünftigen Nutzung herbeiführen können. Ob hierin indes ein Äquivalent zu der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit, eine Sicherungskopie anzufertigen, liegt, ist insofern zu prüfen. Siehe hierzu unten, Punkt 2.7.2.7.1.

[280] Ausweislich der Kontakt-Info der allgemeinen Blizzard-Seite lautet die Adresse von Blizzard-Entertainment: Vivendi Universal Games Deutschland, Paul-Ehrlich-Str. 1, 63225 Langen. Auf der WoW-Webseite findet sich kein Impressum. Im WoW-EULA wird für Mitteilungen über die Beendigung der Lizenzbestimmungen seitens des Nutzers folgende Adresse angegeben: Blizzard Europe – Support Clients – 32, avenue de l'Europe, Bât. Energy 1, Porte A. 78143 Vélizy-Villacoublay, France.

[281] Vgl. die Meldung unter: http://www.heise.de/newsticker/meldung/69675.

nur in Verbindung mit einem Account und einer Internet-Verbindung gespielt werden kann. WoW soll nach dem Hinweis auf der Verpackung kopiergeschützt sein.

Die Lizenzbestimmungen des Spiels finden sich in verschiedenen Dokumenten. Es gibt einerseits „Nutzungsbestimmungen“ für die Verwendung des Online-Accounts und andererseits einen Endbenutzer-Lizenzvertrag (nachfolgend: WoW-EULA) für die Verwendung der Programmkopie. Die Regelungen des WoW-EULA müssen bei der ersten Installation des Programms akzeptiert werden.

Das WoW-EULA enthält in Ziff. 4 eine Regelung über die Nutzung der Programmkopie. Hier heißt es:

„4. Verpflichtungen des Endbenutzers

*A. An die vorstehende Lizenzgewährung gebunden, dürfen Sie **weder Kopien**, Fotokopien, Reproduktionen, Übersetzungen, Rückentwicklungen, Quellcode-Herleitungen, Modifikationen, Disassemblierungen, Dekompilationen oder abgeleitete Arbeiten **herstellen**, die ganz oder in Teilen auf dem Spiel basieren, noch irgendwelche Eigentumsanzeigen oder Eigentumsetiketten auf dem Spiel anbringen. Die Missachtung der in diesem Abschnitt 4 enthaltenen Einschränkungen und Restriktionen führt zur sofortigen und automatischen Beendigung der im Folgenden gewährten Lizenz und kann für Sie zivil- und/oder strafrechtliche Konsequenzen haben. **Ungeachtet des Vorstehenden dürfen Sie eine (1) Kopie des Spiel-Clients und der Handbücher ausschließlich zu Archivierungszwecken anfertigen**.“*

Nach Satz 1 von Ziff. 4 des WoW-EULA sind Vervielfältigungen des Spiels ausnahmslos untersagt. In Satz 3 der Regelung wird dies relativiert, indem die Herstellung einer Archivkopie gestattet wird. Was hiermit gemeint ist, bleibt zunächst im Dunkeln und wird unten, Punkt 2.7.2.7.1, im Wege der Auslegung untersucht.

In Ziff. 9 findet sich eine – sehr eingeschränkte – „Garantie-“Regelung, nach der unter bestimmten Umständen ein defekter Datenträger ersetzt wird.

8.2.3.3 Die Lizenzbestimmungen von „FIFA Football 2005“

FIFA Football wird von dem wohl größten Computerspiele-Hersteller, Electronic Arts (nachstehend: EA), hergestellt[282]. Es ist laut Aufdruck auf der Verpackung kopiergeschützt. Auch diesem Spiel liegen Lizenzbestimmungen bei (Bedienungsanleitung, S. 17). Im Abschnitt „Gestattete Nutzung“ heißt es im letzten Satz:

„Ferner ist die Erstellung von Sicherungskopien der gesamten Software oder Teilen davon, auch zum rein privaten Gebrauch nicht gestattet.“

EA gibt an anderer Stelle eine „Garantie“ von 24 Monaten auf das Produkt. In dieser Zeit kann das Produkt bei Mängeln gegen Vorlage des Kassenbons und des Original-Datenträgers (einschließlich Original-Verpackung) ausgetauscht werden. Nach Ablauf dieser Gewährleistung gewährt EA für 12 Monate eine weitere, begrenzte Garantie,

---

[282] Anschrift laut Verpackungsaufdruck: Electronic Arts GmbH, Triforum Cologne, Innere Kanalstraße 15, 50823 Köln.

innerhalb derer der Datenträger gegen eine „Bearbeitungsgebühr“ von 10-15 Euro ausgetauscht werden kann.

8.2.4 Schutz vor Umgehungen von technischen Schutzmaßnahmen bei Computerprogrammen

Zunächst wird im Weiteren untersucht, ob und inwiefern bei Computerprogrammen ein gesetzlicher Schutz vor der Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen vorgesehen ist. Während in § 95a UrhG ein solcher Sonderschutz vorhanden ist, gelten für Computerprogramme spezielle Regeln, deren Gehalt in Bezug auf diese Frage weniger eindeutig und damit zu prüfen ist.

8.2.4.1 Keine Anwendbarkeit der §§ 95a ff. UrhG auf Computerprogramme

§ 95a Abs. 1 UrhG verbietet, technische Schutzmaßnahmen zu umgehen, die vom Rechtsinhaber auf seine Werkexemplare angewendet werden. Dieser Schutz geht nach dem Willen des Gesetzgebers den meisten Schrankenbestimmungen (Nutzerbefugnissen) vor, wie sich an dem eingeschränkten, abschließenden Katalog in § 95b UrhG zeigt. Auch die durch die letztgenannte Norm als „durchsetzungsstark“ ausgestalteten Schrankenbestimmungen (zu denen v. a. die digitale Privatkopie nicht zählt) gewähren dem Nutzer kein „Selbsthilferecht“ zur Umgehung eines Kopierschutzes, sondern lediglich einen Anspruch auf Bereitstellung der hierfür notwendigen Mittel gegen den Rechtsinhaber[283]. Wären diese Normen auf Computerspiele anwendbar, würde mithin ein Verbot, von kopiergeschützten Produkten eigenhändig (Sicherungs-)Kopien unter Umgehung der technischen Schutzmaßnahme anzufertigen, den gesetzlichen Wertungen entsprechen und wäre damit gem. § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle entzogen.

Kämen dagegen für Computerspiele (ausschließlich) die Regelungen für Computerprogramme zur Anwendung, würde etwas anderes gelten. Nach § 69a Abs. 5 UrhG sind die Vorschriften der §§ 95a bis 95d UrhG[284] auf Computerprogramme nicht anwendbar.

§ 69a Abs. 5 UrhG wurde durch den „1. Korb“ eingeführt. Die Norm geht auf Erwägungsgrund 50 der InfoSoc-Richtlinie zurück, in dem bestimmt ist, dass die Harmonisierung des Rechtsschutzes vor einer Umgehung technischer Maßnahmen nach Art. 6 der Richtlinie sich nicht auf solche technischen Maßnahmen erstrecken soll, die auf Computerprogramme angewendet werden. Der Schutz vor Umgehung derartiger Mechanismen sei ausschließlich in der Richtlinie 91/250/EWG (über den Rechtsschutz von Computerprogrammen) geregelt (siehe dort, Art. 7 Abs. 1 lit c)). Insbesondere solle durch die Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie verhindert werden, dass dessen weit gehende Schutzvorschriften für technische Maßnahmen dazu führen, dass Computerprogramm-Nutzer von den zwingenden Dekompilierungs- und Anpassungsrechten (umgesetzt in §§ 69d und 69e UrhG) aus der Richtlinie 250/91/EWG

283 Siehe hierzu im Einzelnen oben, Fn. 234.
284 Siehe hierzu oben, Punkt 2.7.2.4.1.

keinen Gebrauch mehr machen können[285]. Der deutsche Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zum 1. Korb zudem ausdrücklich hervorgehoben, dass eine Erstreckung der §§ 95a ff. UrhG auf Computerprogramme auch „*im Hinblick auf erhebliche Probleme im Verhältnis zu § 69d Abs. 2 (Erstellung einer Sicherheitskopie) und § 69e (Dekompilierung)*“ nicht angezeigt sei[286].

8.2.4.2 Schutz technischer Maßnahmen nach den § 69a ff. UrhG

In § 69f Abs. 2 UrhG findet sich eine Regelung zum Schutz von technischen Maßnahmen bei Computerprogrammen. Hiernach wird dem Rechtsinhaber – anders als nach § 95a UrhG – jedoch kein umfassendes Verbotsrecht gegen die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen oder die Herstellung von Umgehungsmechanismen gewährt. Vielmehr bestimmt die Regelung lediglich einen Vernichtungsanspruch gegen den Eigentümer oder Besitzer von Umgehungsmechanismen. Der Anspruch soll ergänzend neben die Ansprüche aus § 97 Abs. 1 UrhG treten[287]. Dem Gesetzeswortlaut ist mithin nicht (unmittelbar) zu entnehmen, dass die Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen bei Computerprogrammen rechtswidrig ist.

Nach einigen Stimmen in Literatur und Rechtsprechung kann die Nutzung eines Computerprogramms unter Umgehung einer technischen Schutzmaßnahme dennoch eine Urheberrechtsverletzung darstellen. Dies wird damit begründet, dass eine solche Nutzung nicht von 69d Abs. 1 UrhG gedeckt sei, da es sich hierbei nicht um eine „bestimmungsgemäße Benutzung“ des Programms handele[288]. Nach dieser Ansicht lässt sich aus § 69d Abs. 1 UrhG auch ein „echtes“ Umgehungsverbot für auf Computerprogramme anwendbare technische Maßnahmen herleiten. Denn wenn dem Nutzer kein gesetzliches Benutzungsrecht für die Verwendung des Programms ohne technischen Schutz zustehe, sei diese unzulässig, es sei denn, dies werde vom Rechtsinhaber ausdrücklich (vertraglich) gestattet (was kaum einmal der Fall sein wird).

Auch der Gesetzgeber scheint jedenfalls bei Verabschiedung des 2. Urheberrechtsänderungsgesetzes (durch das die Computerprogramm-Richtlinie umgesetzt wurde) davon ausgegangen zu sein, dass durch die Sondervorschriften für Software ein – wie auch immer gearteter – Umgehungsschutz von technischen Maßnahmen vorgesehen werde. In der Gesetzesbegründung heißt es[289]:

„*Die Anfertigung einer Sicherungskopie kann die Ausschaltung eines Kopierschutzes erfordern, was wiederum Artikel 7 Abs. 1 Buchstabe c unterbinden will.*“

Wie dieser Hinweis bezüglich der Frage, ob die Vorschriften für Computerprogramme einen eigenständigen Sonderschutz gegen die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen enthalten, zu deuten ist, ist unklar. Die Richtlinie schreibt in der zitierten Vorschrift Art. 7

---

[285] Vgl. hierzu den Wortlaut des Erwägungsgrundes 50 der Richtlinie 2001/29/EG (InfoSoc-Richtlinie), der oben, Punkt 2.7.4.2.2, zitiert wurde.

[286] BT-Drcks. 15/38, S. 22.

[287] Dreier/Schulze-Dreier, § 69f, Rn. 10.

[288] Vgl. OLG Karlsruhe, CR 1996, 341/342; OLG Düsseldorf, CR 1997, 337/338 – Dongle-Umgehung; Wandtke-Bullinger/Grützmacher, Hauptband, § 69f, Rn. 18; Dreier/Schulze-Dreier, § 69f, Rn. 12.

[289] Vgl. BT-Drcks. 14/4022, S. 12.

Abs. 1 lit. c) einen solchen nicht vor. Hiernach wird den Mitgliedstaaten lediglich auferlegt, Maßnahmen vorzusehen, die Umgehungsmittel in Verkehr bringen oder zu gewerblichen Zwecken in ihrem Besitz haben. Ein Schutz vor der eigentlichen Umgehung der technischen Maßnahmen ist hiermit nicht gefordert. Auch hat der deutsche Gesetzgeber einen solchen in Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 lit. c) nicht eingeführt, sondern – dessen Sinn entsprechend – lediglich den Vernichtungsanspruch in § 69 f Abs. 2 UrhG. Dieser besagt lediglich, dass Umgehungsmittel nicht angeboten oder – zu gewerblichen Zwecken – besessen werden dürfen. Ein solches Verbot führt zwar mittelbar dazu, dass Umgehungshandlungen erschwert werden. Es untersagt jedoch m. E. weder explizit noch implizit die Umgehung selbst, erst recht nicht, wenn diese nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt (denn zu nicht-gewerblichen Zwecken dürfen Umgehungsmittel sogar besessen werden). Was der Gesetzgeber mit seiner Äußerung bezüglich des Umgehungsschutzes gemeint hat, bleibt damit weitgehend im Dunkeln. Jedenfalls aber hat die etwaige Absicht, die Umgehung von auf Computerprogramme angewendete, technische Schutzmaßnahmen zu verbieten, über § 69 f Abs. 2 UrhG keinen Einzug ins Gesetz gehalten[290].

Ob sich ein solcher Umgehungsschutz aus §§ 69c, 69d Abs. 1 UrhG herleiten lässt, wie dies mitunter vertreten wurde, ist ebenso äußerst fraglich.

M. E. sehen diese Regelungen ebenso wenig wie § 69 f Abs. 2 UrhG ein Sonderschutzrecht gegen die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen vor. Wenn auch manche Umgehungshandlungen nach diesen allgemeinen Vorschriften untersagt sein mögen, ist dies doch nur anzunehmen, wenn hierdurch gleichzeitig in die allgemeinen Verwertungsrechte des Urhebers eingegriffen wird. Der Unterschied zu dem in § 95 UrhG vorgesehenen „echten Umgehungsschutz“ (also einem über die allgemeinen urheberrechtlichen Verbotsrechte hinausgehenden Sonderrecht) liegt darin, dass nach § 95a Abs. 1 UrhG die Verletzungshandlung in der Umgehung der technischen Schutzmaßnahme selbst liegt. Die Regelung normiert ein eigenständiges Schutzrecht, einen selbstständigen Verbotstatbestand, der unabhängig davon greift, ob mit der Umgehung eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung (etwa eine rechtswidrige Vervielfältigung oder Bearbeitung des Werkes) einhergeht. Im Gesetz und den Materialien finden sich m. E. keine schlüssigen Hinweise, dass ein solches Recht auch bei Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie geschaffen werden sollte.

Die Äußerungen sowohl des deutschen Gesetzgebers als auch des Richtlinien-Gebers sprechen vielmehr gegen eine solche Rechtslage. Würde sich den §§ 69a ff. UrhG ein über die allgemeinen Regelungen hinausgehender Umgehungsschutz entnehmen lassen (der inhaltlich den §§ 95a ff. UrhG entspricht und die Umgehung an sich untersagt), wäre der Hinweis im Regierungsentwurf zum 1. Korb, man wolle durch § 69a Abs. 5 UrhG Kollisionen des neuen Umgehungsschutzes aus den §§ 95a ff. UrhG mit den Schranken für Computerprogramme vermeiden (s. o.), sinnlos. Auch die Erwägungsgründe der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG gehen deutlich davon aus, dass für Computerprogramme ein den hierin enthaltenen neuen Regelungen entsprechender Umgehungsschutz weder existiert noch wünschenswert ist. Aus diesem Grund schließt Erwägungsgrund 50 eine

---

[290] Gleicher Ansicht Jaeger, CR 2002, 309/310. A. A. Dreier/Schulze-Dreier, § 69d, Rn. 19 und Raubenheimer, CR 1996, 69/72, die – allerdings ohne nähere Begründung – meinen, aus § 69f Abs. 2 UrhG ergebe sich ein Umgehungsverbot.

Anwendung des Art. 6 auf Computerprogramme mit der folgenden Begründung aus (siehe Satz 3):

„Er {der Schutz technischer Maßnahmen, Anm. des Verf.} sollte die Entwicklung oder Verwendung anderer Mittel zur Umgehung technischer Maßnahmen, die erforderlich sind, um Handlungen nach Artikel 5 Absatz 3 oder Artikel 6 der Richtlinie 91/ 250/EWG zu ermöglichen, nicht aufhalten oder verhindern. Artikel 5 und 6 jener Richtlinie sehen ausschließlich Ausnahmen von den auf Computerprogramme anwendbaren ausschließlichen Rechten vor."

Hiermit bringt der Richtlinien-Geber zum Ausdruck, dass Umgehungsmittel und -handlungen, die zur Wahrnehmung der speziellen Schranken für Computerprogramme notwendig sind, vom Umgehungsverbot nach Art. 6 der Richtlinie 2001/29/EG nicht erfasst werden sollen. Dies verdeutlicht, dass die EU davon ausgeht, dass die Wahrnehmung der Schranken bei Computerprogrammen einem – wie auch immer gearteten – Umgehungsverbot vorgehen soll. Im Umkehrschluss ist aus diesen Hinweisen zu folgern, dass der Richtlinien-Geber die Probleme, die er bei der Anwendung der §§ 95a ff. UrhG auf Computerprogramme sieht, nach dem geltenden Sonderrecht für Software nicht bestehen. Bestünde zwischen den §§ 95a ff. und den §§ 69a ff. UrhG und den entsprechenden Regelungen der Computerprogramm- und der InfoSoc-Richtlinie kein Unterschied, wären diese Bedenken gegenstandslos.

Noch klarer geht diese Intention aus der englischen Fassung der Richtlinie 2001/29/EG hervor. Hier lautet Satz 3 des 50. Erwägungsgrundes:

„It should neither inhibit or prevent the development ***or use*** *of any means of circumventing a technological measure that is necessary to enable acts to be undertaken in accordance with the terms of Article 5 (3) or Article 6 of Directive 91/250/EEC. Articles 5 and 6 of that Directive exclusively determine exceptions to the exclusive rights applicable to computer programs."*

Deutlicher als die deutsche Übersetzung stellt die englische Fassung fest, dass Schutzmaßnahmen, die die Inanspruchnahme der softwarerechtlichen Schrankenbestimmungen behindern, nicht gewünscht sind. Auch diese Äußerung wäre, wenn ein solcher Umgehungsschutz schon durch die Computerprogramm-Richtlinie intendiert gewesen wäre, sinnlos.

Auch den bislang ergangenen Entscheidungen deutscher Gerichte lässt sich m. E. kein Umgehungsverbot bei Computerprogrammen entnehmen. Instanzgerichte haben bisher ersichtlich nur darüber entschieden, ob ein Nutzer die Dongle-Abfrage eines Computerprogramms im Rahmen seiner Fehlerberichtigungsbefugnis gem. § 69d Abs. 1 entfernen darf[291]. Mit anderen Worten wurde hier nur über „Umgehungshandlungen" entschieden, die mit einer Veränderung (Bearbeitung oder Umarbeitung) eines Computerprogramms einhergingen[292]. Über die Frage, ob eine an sich rechtmäßige Handlung (z. B. die Herstellung einer Sicherungskopie) dadurch rechtswidrig wird, dass in deren Zuge eine technische Schutzmaßnahme umgangen wird, war nicht zu

---

[291] Dies war Streitgegenstand in den Entscheidungen OLG Düsseldorf, CR 1997, 337 ff.; OLG Karlsruhe, CR 1996, 341 ff.; LG Mannheim, CR 1995, 542 ff.

[292] Tenor der Entscheidungen war letztlich, dass solche – an sich untersagten – Bearbeitungen eines Computerprogramms nicht durch das Recht zur Fehlerberichtigung gerechtfertigt werden. Denn bei einer Dongle-Abfrage – so die Gerichte – handelt es sich nicht um einen Fehler i. d. S.

entscheiden[293]. Auch gibt es bis dato ersichtlich kein Urteil über die Frage, ob eine Umgehungshandlung unzulässig ist, wenn sie nicht mit einer urheberrechtlich ohnehin relevanten Nutzung einhergeht.

Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass die Regelungen über Computerprogramme kein allgemeines Umgehungsverbot anordnen[294]. Demzufolge ist nicht die Umgehung einer technischen Schutzmaßnahme untersagt, sondern nur urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen, soweit diese nach den gesetzlichen Regelungen nur mit Zustimmung des Urhebers vorgenommen werden dürfen und eine solche nicht vorliegt. Dies würde bedeuten, dass ein eigenständiger Verbotstatbestand gegen die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen bei Computerprogrammen nicht existiert. Eine analoge Anwendung der §§ 95a UrhG scheidet gem. § 69a Abs. 5 UrhG ebenfalls aus.

Nicht jede Umgehungshandlung greift jedoch in die Verwertungsrechte des Urhebers ein. Dies impliziert bereits die große Bedeutung, die den §§ 95a ff. UrhG beigemessen wird und die ansonsten überflüssig wären. Würde jede denkbare Umgehung einer technischen Schutzmaßnahme einen Eingriff in die Verwertungsrechte nach sich ziehen, hätte der Sonderschutz keinen eigenständigen Anwendungsbereich. Ein Verbotsrecht des Rechtsinhabers gegen Umgehungshandlungen kommt mithin im Zweifel nur in Betracht, wenn diese mit einer ungenehmigten Bearbeitung oder Vervielfältigung einhergeht. Dies ist indes nicht der Fall, wenn die Umgehung nur eine § 69d Abs. 1 und 2 UrhG zulässige Sicherungskopie nach sich zieht[295].

Wenn darüber hinaus der Programmcode nicht verändert wird, kommt eine rechtswidrige Nutzungshandlung durch Umgehung einer technischen Schutzmaßnahme zwecks Anfertigung einer Sicherungskopie m. E. nicht in Betracht. Derartige Veränderungen sind auch keineswegs – ohne hier auf die unzähligen technischen Einzelheiten eingehen zu können – bei jeder Umgehungshandlung vonnöten.

So kann der Kopierschutz – wie etwa im Bereich der Audio-Kopierschutzsysteme – u. U. schon dadurch ausgehebelt werden, dass er auf bestimmten Betriebssystemen oder mit bestimmten – handelsüblichen – Kopiergeräten nicht funktioniert. Ein Eingriff in den geschützten Programmcode wäre dann zur Umgehung nicht notwendig. Auch die

---

[293] In den Dongle-Fällen ging es vielmehr gar nicht um die Kollision zwischen Umgehungsschutz und Sicherungskopien. Denn Dongles dienen nicht dem Kopierschutz der Software (diese konnte in den genannten Fällen jeweils beliebig vervielfältigt werden), sondern nur dazu, die Nutzung eines Programms auf einen einzigen Rechner zu beschränken (ohne die Dongle-Hardware war die Verwendung der Programme nicht möglich). Hierauf hat das OLG Düsseldorf, CR 1997, 337/39 ausdrücklich hingewiesen, vgl. auch Raubenheimer, CR 1996, 96/72.

[294] Gleicher Ansicht Jaeger, CR 2002, 309/311. So wohl auch das OLG Düsseldorf, CR 1997, 337/339: *„Die Vorschrift* {gemeint ist § 69f Abs. 2 UrhG} *regelt lediglich einen eventuellen Vernichtungsanspruch, der in der Tat an besonders restriktive Voraussetzungen zu knüpfen ist. Unter welchen Voraussetzungen ein Unterlassungsanspruch beim Einsatz von Antikopierschutzmechanismen möglich ist, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen.“* Dies räumt auch Raubenheimer, CR 1996, 69/72, ein, der meint, dass eine Umgehung von Kopierschutztechnologien zulässig sei, wenn dies der Herstellung einer Sicherungskopie diene.

[295] Anderer Ansicht wohl Schricker/Loewenheim, § 69d, Rn. 19, der – ohne nähere Begründung – meint, § 69d Abs. 2 UrhG erfasse *„nicht die Fälle, in denen die Anfertigung von Sicherungskopien durch Kopierschutzmechanismen (...) gehindert“* werde. Loewenheim scheint damit davon auszugehen, dass bei Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen ein Recht zur Sicherungskopie ausgeschlossen ist.

Umgehung von „wirksamen“ Kopierschutztechnologien wird häufig keinen Eingriff in den Programmcode erfordern. Dies ist z. B. nicht nötig, wenn sich der Kopierschutz darauf beschränkt, dass sich auf der CD-ROM mit der Software fehlerhafte oder sog. „schwache Sektoren“ befinden, die normalerweise von CD-Brennern oder auf andere Weise nicht ausgelesen werden können. Die Umgehung erfolgt mithilfe von Kopierprogrammen, die diese Sektoren – ohne den Programmcode in irgendeiner Weise zu verändern – verstärken oder emulieren. Derartige Handlungen wären nach der hier vertretenen Auffassung zwar nach § 95a Abs. 1 UrhG rechtswidrig, nicht aber nach § 69c UrhG, da diese Norm kein allgemeines Umgehungsverbotsrecht gewährt, sondern nur Verwertungsrecht im eigentlichen Sinne.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Ansicht allgemeine Kopier- oder Umgehungsverbote in Software-Lizenzbestimmungen auch dann über die gesetzlichen Befugnisse der Software-Rechtsinhaber hinausgehen, wenn die Programme durch technische Maßnahmen gesichert sind. Damit ist eine Inhaltskontrolle solcher Bestimmungen nicht nach § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Da derartige Klauseln das Recht der Nutzer zur Anfertigung einer Sicherungskopie entgegen §§ 69d Abs. 2, 69g Abs. 2 UrhG beschränken, stellt sich die Frage nach deren Wirksamkeit.

Zuvor muss jedoch noch untersucht werden, ob das gefundene Ergebnis auch für Computerspiele gilt. Denn diesbezüglich ist fraglich, ob hierfür die Computerprogramm- und/oder die allgemeinen Vorschriften gelten.

8.2.4.3 Schutz vor Umgehung technischer Maßnahmen bei Computerspielen: Anwendbarkeit der §§ 69a ff. oder der §§ 95a ff. UrhG?

Wie oben bereits ausgeführt, stellt sich bei Computerspielen das Problem, dass diese sowohl aus Computerprogrammen als auch aus anderen Werken (Filmen, filmähnlichen Werken o. Ä.) bestehen. Es stellt sich also die Frage, welche Regelungen zur Anwendung gelangen, wenn – wie in Bezug auf Sicherungskopien – die Regelungen über Computerprogramme und die allgemeinen Vorschriften zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Diesbezüglich sind verschiedene Lösungen denkbar, die im Folgenden untersucht werden sollen.

8.2.4.4 Isolierte Betrachtung der Einzelbestandteile

Denkbar wäre zunächst, Computerspiele und andere „Hybrid-Werke“ rechtlich in ihre Bestandteile zu zerlegen und auf jede hierin enthaltene Werkart die hierfür geltenden Regeln anzuwenden. Dies hätte zur Folge, dass bei einem Computerspiel für das Steuerungsprogramm die Regelungen über Computerprogramme, für die bildliche Darstellung die allgemeinen Regelungen gelten würden.

Diese Lösung hat den entscheidenden Nachteil, dass sie den Rechtstatsachen nicht gerecht wird und zu ungerechtfertigten und den gesetzlichen Wertungen entgegenstehenden Folgen führt.

Das zeigt sich an der hier zu untersuchenden Konstellation: Eine CD-ROM mit einem Computerspiel kann und muss vom Nutzer vollständig vervielfältigt werden. Macht er eine Sicherungskopie, werden hierbei automatisch sowohl Steuerungsprogramm als auch audio-visuelle Bestandteile kopiert. Eine isolierte Sicherung nur des Computerprogramms ist angesichts der integrierten Programmierung/Speicherung des Computerspiels in der Regel weder möglich, noch kann sie dem Interesse des Nutzers an einer Sicherung zukünftiger Nutzung des Computerspiels gerecht werden. Ebenso wenig ist es möglich, den auf den Datenträger (auf dem sich das Spiel befindet) angewendeten Kopierschutz nur zur Vervielfältigung des Computerprogramms zu umgehen.

Würde man also die einzelnen in einem Computerspiel enthaltenen Werkarten einer isolierten rechtlichen Betrachtung unterziehen, hätte das zur Folge, dass der Nutzer bei Anfertigung einer Sicherungskopie des kopiergeschützten Computerspiels stets gegen § 95a Abs. 1 UrhG (der in Bezug auf dessen audio-visuelle Bestandteile gilt) verstoßen würde. Selbst wenn also die für das Steuerungsprogramm geltenden Umgehungsvorschriften nach den vorstehenden Ausführungen weniger weit gehen, kann der Nutzer hiervon nicht profitieren. Die isolierte Betrachtung der Bestandteile würde in Bezug auf die Regelungen zu Sicherungskopien bei Werkkombinationen also dazu führen, dass sich die Nutzer stets nach dem strengsten Recht zu richten hätten.

Dies belegt ein weiteres Beispiel: Nach § 53 Abs. 1 UrhG dürfen die audio-visuellen Bestandteile eines (nicht-kopiergeschützten) Computerspiels auch dann für private Zwecke vervielfältigt werden, wenn der Nutzer kein eigenes Original besitzt. Allerdings gilt diese Regelung nicht für den Programmbestandteil, da diesbezüglich § 69d UrhG als abschließende Regelung greift, der nur eine Sicherungskopie zulässt, die wiederum nur herstellen darf, wer im Besitz eines Originals ist. Wiederum würde die isolierte Betrachtung dazu führen, dass dem Nutzer Befugnisse genommen würden. Denn die Möglichkeit, die audio-visuellen Bestandteile zu vervielfältigen, besteht nur theoretisch, da der Nutzer das ebenfalls enthaltene Computerprogramm unzulässigerweise mitkopieren müsste.

8.2.4.5 Schwerpunkt-Theorie

Statt einer isolierten rechtlichen Betrachtung der Einzelbestandteile könnte man die Nutzung eines Multimediaproduktes nach einheitlichen Regeln beurteilen. Es wäre etwa denkbar – und wird in der Literatur vertreten – bei Werkkombinationen stets diejenigen Vorschriften anzuwenden, die für den wesentlichen Bestandteil des Gesamtwerks gelten[296]. Diesen „Schwerpunkt“ könnte man anhand des wirtschaftlichen Wertes der Schutzgegenstände und ihrem Verhältnis zueinander ermitteln. Nach der genannten Literaturmeinung soll eine solche Herangehensweise in Bezug auf Computerspiele ergeben, dass der Schwerpunkt auf dem Computerprogramm liegt. Denn hierauf angewendete technische Schutzmaßnahmen würden vorrangig der Sicherung des Programmcodes und weniger der Nachahmung der Spielsequenzen dienen. Die Theorie

---

[296] Vgl. Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Ergänzungsband, § 69a, Rn. 4.

ähnelt der Rechtsprechung zu kollidierenden Bestimmungen bei „gemischten Verträgen“[297].

Folge dieses Ansatzes wäre, dass sich jedenfalls die Schranken und Umgehungsvorschriften bei kopiergeschützten Computerspielen nur nach den §§ 69a ff. UrhG und nicht (auch) nach §§ 95a ff. UrhG beurteilen würden.

8.2.4.6 Stets Vorrang der §§ 69a ff. UrhG auf Werke, deren Nutzung auf Computerprogrammen basiert

Nach einer weiteren Ansicht sollen die §§ 95a ff. UrhG nie Anwendung finden, wenn es zu einer Kollision mit den §§ 69a ff. UrhG kommt. Auch für Werke, die auf Computerprogrammen basieren, sollen hiernach allein die hierfür geltenden Sondervorschriften gelten. Bei Computerspielen, bei denen die audio-visuelle Darstellung durch ein Computerprogramm erzeugt werde, sei von einem generellen Vorrang des § 69f Abs. 2 UrhG auszugehen. Dies sei der Intention der InfoSoc-Richtlinie zu entnehmen, in der die Spezialität der Regelungen über Computerprogramme besonders hervorgehoben worden sei[298].

8.2.4.7 Stellungnahme

Die Nachteile der isolierten Betrachtungsweise wurden oben aufgezeigt. Angesichts der tatsächlichen Entwicklung, die dazu führt, dass Computerprogramme in vielen Fällen mit anderen Werkarten kombiniert werden (man denke an die praktisch sehr häufig vorgenommene Kombination von Software und elektronischen Datenbanken[299]), würde die gesetzliche Wertung von § 69a Abs. 5 UrhG praktisch leer laufen, müssten sich Nutzer von „Hybrid-Werken“ stets nach dem strengsten Recht – und damit in Bezug auf die Umgehungsvorschriften nach den §§ 95a ff. UrhG – richten[300]. Die spezifischen Schranken in den Software-Regelungen würden nachhaltig in vielen Fällen ausgehebelt. Dies würde gleichermaßen den o. g. Regelungsintentionen des deutschen als auch des europäischen Gesetzgebers zuwiderlaufen, den Einfluss der Umgehungsvorschriften auf Computerprogramme auszuschließen. Eine – in vielen Fällen aus Sicht der Einzelfallgerechtigkeit vorzugswürdige – differenzierende Lösung führt damit in diesem Zusammenhang zu nicht hinnehmbaren Wertungswidersprüchen.

---

[297] Vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, vor § 311, Rn. 19 ff. m. w. Nachw. Als „gemischte Verträge“ werden Vereinbarungen bezeichnet, die Bestandteile enthalten, die unterschiedlichen schuldvertraglichen Typen zuzuordnen sind. Wie bei der vorliegend zu prüfenden Konstellation kann auch bei gemischten Verträgen die Bestimmung der Rechte und Pflichten der Parteien problematisch sein. Hierzu kommt es v. a., wenn die Anwendung der unterschiedlichen, für die jeweiligen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts geltenden Bestimmungen zu abweichenden Ergebnissen (zum Beispiel hinsichtlich der Kündigungsregelungen) führt. Der BGH wendet bei derartigen Kollisionen das Recht des Vertragstyps an, der den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt der Vereinbarung bildet.

[298] Peukert in Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 34, Rn. 8.

[299] Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Ergänzungsband, § 69a, Rn. 4 meint, Computerprogramme würden „kaum noch ohne Datenbanken i. S. d. §§ 87a ff. UrhG ausgeliefert“.

[300] So auch Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Ergänzungsband, § 69a, Rn. 4.

Auch über die „Schwerpunkt-Theorie“ kann eine eindeutige Trennung von Computerprogramm- und allgemeinen Rechten bei Werkkombinationen nicht herbeigeführt werden. Hier wird jedoch immerhin erreicht, dass die Regelungen für Computerprogramme dann zur Anwendung kommen, wenn ein solches den Hauptbestandteil eines hybriden Produkts bildet. Der hinter § 69a Abs. 5 UrhG stehenden Wertung würde auf diese Weise m. E. zur in solchen Konstellationen maximal erreichbaren Geltung verholfen. Gleiches gilt auch für die §§ 95a ff. UrhG, die zwar nicht in allen denkbaren Fällen, aber immerhin dann voll durchgreifen, wenn der Schwerpunkt eines Produkts nicht gerade auf einem Computerprogramm liegt.

Anders als die isolierte Betrachtungsweise kommt es bei der Schwerpunkt-Theorie auch nicht zu einer einseitigen Verlagerung der Interessen. Die Folge, dass die Nutzer – den gesetzlichen Wertungen zum Trotz – stets die strengsten Regelungen zu beachten haben, wird so vermieden. Eine Beurteilung nach dem Schwerpunkt der Werkkombination ist – je nachdem wie man diesen Schwerpunkt definiert – per se interessenneutral. Je nach Konstellation kann diese Handhabung eine Stärkung der einen oder anderen Interessengruppe zur Folge haben. So müssen Rechtsinhaber in dem vorliegend geprüften Fall (Sicherungskopien bei Computerspielen) hinnehmen, dass solche auch von den Bestandteilen des Gesamtprodukts hergestellt werden dürfen, deren Vervielfältigung § 95a Abs. 1 UrhG eigentlich untersagen würde (die audio-visuellen Bestandteile). Dagegen können sich Nutzer dann nicht auf das Recht zur Sicherungskopie berufen, wenn das Computerprogramm nicht den Schwerpunkt des jeweiligen Produkts bildet. So würden z. B. bei umfangreichen Datenbanken die §§ 95a ff. UrhG die Regelungen über Computerprogramme im Zweifel verdrängen, sodass Sicherungskopien hiervon entsprechend § 53 Abs. 5 UrhG nicht zulässig wären[301].

Auch die Schwerpunkt-Theorie ist jedoch nicht ohne Nachteil. Diese liegen zuvorderst darin, dass häufig nicht ohne weiteres bestimmbar sein wird, auf welchem Bestandteil eines Produkts der wirtschaftliche Schwerpunkt liegt. Umso problematischer wird dies für den Nutzer sein, wenn man den Anknüpfungspunkt in den wirtschaftlichen Interessen des Rechtsinhabers sucht. So wird etwa nicht stets davon ausgegangen werden können, dass der Schwerpunkt in dem investitionsintensivsten oder gar augenscheinlich umfangreichsten Bestandteil eines Produktes liegt. Vielmehr kann das maßgebliche wirtschaftliche Interesse – das zum Einsatz technischer Schutzmaßnahmen veranlasst – auch im Zugangs- oder Nutzungsschutz von Bestandteilen liegen, für die vergleichsweise geringe Investitionen aufgebracht werden mussten, die aber besonders wertvolle Innovationen darstellen. Allein der Umstand, dass der „wesentliche Schwerpunkt“ somit in jedem Einzelfall anders zu beurteilen sein kann, führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit auf Seiten von Nutzern und Anbietern. Denn insofern wäre jeweils eine u. U. komplexe Prüfung zur Ermittlung des jeweils anwendbaren Rechts notwendig. Eine gesetzgeberische Klarstellung scheint daher dringend geboten.

M. E. wird es den Wertungen des Gesetzgebers und den Anforderungen des Verkehrs am ehesten gerecht, auf Nutzungsbefugnisse ein einheitliches Recht anzuwenden. Zwar sind die Aussagen des Gesetzgebers nicht ohne weiteres zu deuten. Mit der Neuregelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft wurden verschiedene Schwerpunkte gesetzt und Interessen hervorgehoben, die – wie sich an vorliegendem Fall zeigt – nicht immer im

---

301 Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Ergänzungsband, § 69a, Rn. 4.

Einklang stehen. So wird einerseits der Rechtsschutz technischer Maßnahmen besonders unterstrichen, andererseits aber auch die Bedeutung der speziellen urheberrechtlichen Schranken für Computerprogramme und die Eigenständigkeit der Software-Regelungen. Dass klare Abgrenzungen der anwendbaren Bestimmungen anhand der Werkart gerade bei den heute immer häufiger auftretenden „Multimediaprodukten" nicht immer möglich sind, wurde durch die Neuregelung jedoch nicht berücksichtigt.

Dieses Defizit wirkt sich stets dann aus, wenn für verschiedene Werkarten abweichende Regeln gelten, die Bestandteil eines Gesamtprodukts sind und nicht isoliert genutzt werden können[302]. Das Regelungssystem, werkartspezifische Regelungen zu treffen, stößt hier an seine Grenzen.

Eine Lösung, bei der auf viele Computerprogramme aufgrund deren Kombination mit anderen Werkarten stets die §§ 95a ff. UrhG zur Anwendung gelangen, widerspricht jedenfalls dem in § 69a Abs. 5 UrhG eindeutig zum Ausdruck gebrachten Regelungsgedanken. Denn die meisten Computerprogramme werden, um überhaupt verwendungsfähig zu sein, mit anderen Werkarten kombiniert. So sind moderne Anwendungen und Betriebssysteme stets mit einer grafischen Benutzeroberfläche versehen, die ihrerseits unabhängig von den eigentlichen Programmen schutzfähig sein können[303]. Wären die §§ 95a ff. UrhG auf diese Produktbestandteile – soweit diese im jeweiligen Fall Schutz genießen – stets anwendbar, wäre § 69a Abs. 5 UrhG hinfällig und die Software spezifischen Schranken ihrer Funktion beraubt. Auch würde sich dann die Frage, welche Regelungen auf ein Computerprogramm Anwendung finden, stets daran bemessen, ob die Benutzeroberfläche ihrerseits Schutz genießt. Welche Bestimmungen gelten, wäre dann in vielen Fällen nur nach rechtlicher Prüfung möglich.

8.2.4.8 Zwischenergebnis

Es spricht daher m. E. viel dafür, auf Werkkombinationen, die im Wesentlichen aus Computerprogrammen bestehen oder auf solchen basieren, (ausschließlich) die unabdingbaren Nutzerbefugnisse der §§ 69d, 69e UrhG anzuwenden. Für eine Anwendung der §§ 95a ff. UrhG bleibt mithin bei Computerspielen kein Raum[304]. Nutzer von Computerspielen sind daher nach der hier vertretenen Auffassung gem. § 69d Abs. 1 und 2 UrhG grundsätzlich befugt, Sicherungskopien von ihren Produkten anzufertigen.

---

[302] Probleme ergeben sich etwa auch, wenn eine Werkkombination gemeinfreie und geschützte Bestandteile enthält. Nach ganz h. M. ist in solchen Fällen jeder Bestandteil selbstständig auf seine Schutzfähigkeit zu überprüfen (vgl. statt vieler, Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 76). Da die Schöpfungshöhe unterschiedlich beurteilt wird, ist ohne weiteres denkbar, dass ein Multimediawerk sowohl geschützte als auch ungeschützte Elemente vereint. Können diese aus technischen Gründen nur gemeinsam genutzt werden und ist das Produkt kopiergeschützt, stellt sich die Frage, ob die technische Schutzmaßnahme zur Nutzung der gemeinfreien Bestandteile umgangen werden darf. Denn hierbei würde gleichzeitig die Sicherung der urheberrechtlich geschützten Bestandteile ausgehebelt. Auch für dieses Problem hat der Gesetzgeber keine Lösung bereitgestellt.

[303] Vgl. etwa Hoeren in Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 265; Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 93.

[304] Gleicher Ansicht Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Ergänzungsband, § 69a, Rn. 4 und im Ergebnis auch Peukert in Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 34, Rn. 8.

8.2.5 Zulässigkeit von Sicherungskopien von Computerspielen unter Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen

Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob die Regelungen über Computerprogramme zulassen, dass Nutzer zur Herstellung von Sicherungskopien technische Schutzmaßnahmen umgehen. Wäre dies schon vom Gesetz nicht gestattet, würde ein gleichlautendes vertragliches Verbot nicht den gesetzlichen Wertungen widersprechen und wäre damit im Zweifel wirksam.

Zunächst ist allerdings die Frage zu klären, ob Sicherungskopien von auf CD-ROM oder DVD ausgelieferten Produkten überhaupt zulässig sind. Dies wird im Schrifttum mitunter angezweifelt, da es hier an der von § 69d Abs. 2 UrhG geforderten „Erforderlichkeit“ einer Datensicherung fehle.

8.2.5.1 „Erforderlichkeit“ von Sicherungskopien bei auf CD-ROM oder DVD-ROM ausgelieferten Produkten

Nach § 69d Abs. 2 UrhG dürfen Sicherungskopien vom Nutzer nur angefertigt werden, wenn dies „für die Sicherung künftiger Nutzung erforderlich ist“. Insbesondere Computerspiele und Computerprogramme werden heute zumeist auf CD- oder DVD-ROM ausgeliefert. Da diese Datenträger gegen Datenverlust oder Zerstörung – vermeintlich – besser geschützt sind als die bei In-Kraft-Treten des Computerprogrammschutzes im Jahr 1993 üblicherweise verwendeten Disketten, ist in der Literatur umstritten, ob auch von derartigen Datenträgern Sicherungskopien angefertigt werden dürfen.

Nach einer Ansicht fehlt es bei CD-ROMs an der Erforderlichkeit gem. § 69d Abs. 2 UrhG, da ein „unerwarteter Datenverlust“ bei derlei Datenträgern nicht zu befürchten sei. CD-ROMs seien – im Vergleich zu magnetischen Datenträgern wie z. B. Disketten – weit weniger anfällig[305]. Die Gegenansicht verweist dagegen auf die durchaus begrenzte Haltbarkeit auch solcher Datenträger[306].

M. E. spricht mehr für die letztgenannte Auffassung. Die Meinung, bei auf CD-ROM ausgelieferten Software-Produkten seien Sicherungskopien nicht „erforderlich“ und daher nicht zulässig, verkennt die Tragweite des Schutzzwecks von § 69d Abs. 2 UrhG. Die Norm soll den Nutzer vor einem Verlust der Nutzungsmöglichkeiten seiner Programmkopie schützen. Hiervon umfasst ist nicht nur der Schutz vor, für das jeweilige Speichermedium typische (etwa altersbedingte), Beschädigungen des Datenträgers. Vielmehr soll sich der Nutzer auch vor sonstigem Verlust des Original-Datenträgers absichern können, etwa dem Verlieren, sonstiger Beschädigung/Zerstörung oder Diebstahl[307].

---

[305] So etwa Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1023; *LG Bochum, CR 1998, 381.*

[306] Wandtke-Bullinger/Grützmacher, Hauptband, § 69d, Rn. 55; Dreier-Schulze/Dreier, § 69d, Rn. 16; Werner CR 2000, 807/808 f.

[307] So wohl auch das OLG Düsseldorf, CR 1996, 337/339. Hierfür spricht auch die Formulierung des Gesetzgebers in der Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz (BT-Drcks. 12/4022, S. 12): „*Die Sicherungskopie soll die Arbeitskopie ersetzen, wenn diese zerstört oder sonst nicht mehr benutzbar ist.*“.

8.2.5.2 Zulässigkeit der Umgehung einer technischen Schutzmaßnahme zwecks Erstellung einer Sicherungskopie

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, nach der die §§ 69a ff. UrhG kein allgemeines Umgehungsverbot enthalten, kann sich aus einem solchen auch keine Kollision mit dem „Recht auf Sicherungskopie“ ergeben. Vielmehr kollidiert diese Nutzerbefugnis nur in Sonderfällen mit den allgemeinen Ausschließlichkeitsrechten des Urhebers, was v. a. dann der Fall ist, wenn der Nutzer die Kopierschutzmaßnahme zur Herstellung einer Sicherungskopie durch Bearbeitung des Programmcodes umgehen muss.

Welche Befugnisse in solchen Konstellationen vorgehen und mit welchen Mitteln derartige Konflikte aufzulösen sind, lässt das Gesetz offen[308]. Entsprechend ist die Frage, ob ein Nutzer eigenhändig eine technische Schutzmaßnahme umgehen darf, um eine Sicherungskopie anzufertigen, in der Rechtsliteratur umstritten.

Nach einer Ansicht ist die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen bei Computerprogrammen durch den Nutzer zulässig, wenn dies der Erstellung einer Sicherungskopie dient[309]. Anders die Gegenmeinung, nach der in solchen Fällen nur ein vertraglicher Anspruch auf Erhalt einer weiteren Kopie vom Hersteller bestehen soll[310]. Diese Ansicht differenziert nicht nach Umgehungshandlungen, die in die Verwertungsrechte des Rechtsinhabers eingreifen und solchen, bei denen das nicht der Fall ist.

Während für die erstgenannte Argumentation die Interessen des Nutzers an einem ungehinderten Nutzungserhalt der durch ihn erworbenen Software sprechen, streitet für die letztgenannte Meinung das Interesse des Software-Herstellers, Raubkopien seiner

---

[308] Der Gesetzgeber hat in der Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er hier einen Regelungskonflikt erkannt hat, diesen aber keiner Lösung zuführen wolle. Es heißt hier nebulös (BT-Drcks. 14/4022, S. 12): „*Nicht geklärt hat die Richtlinie das Verhältnis zwischen dem Recht auf Sicherungskopie (Artikel 5 Abs. 1 und 2) und dem Schutz von Kopierschutzmechanismen (Artikel 7 Abs. 1 c). Kopierschutzmechanismen verhindern sowohl die Anfertigung einer legalen Sicherungskopie als auch eines rechtswidrigen Vervielfältigungsstücks. Die Anfertigung einer Sicherungskopie kann die Ausschaltung eines Kopierschutzes erfordern, was wiederum Artikel 7 Abs. 1 Buchstabe c unterbinden will. Nach § 69 g Abs. 2 sind vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu § 69 d Abs. 2 und 3 und § 69 e stehen, nichtig. In dieser Bestimmung – entsprechendes gilt für Artikel 9 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie, der durch § 69 g Abs. 2 umgesetzt wird – ist § 69 d Abs. 1 nicht erwähnt. Bei der Auslegung von § 69 d Abs. 1 ist der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie mit heranzuziehen. Daraus folgt, daß die in § 69 d Abs. 1 erwähnten Handlungen im Rahmen der bestimmungsgemäßen Verwendung des Programms nicht grundsätzlich untersagt werden können, aber die nähere Ausgestaltung der Umstände der Ausübung der Handlungen vertraglich geregelt werden kann. § 69 d Abs. 1 hat daher einen gewissen zwingenden Kern, dessen Ausmaß und Bedeutung festzulegen der Rechtsprechung überlassen werden kann.“.*

[309] Raubenheimer, CR 1994, 129/131; ders. CR 1996, 69/72; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Auflage 2001, Rn. 428; König, NJW 1995, 3293/3295.

[310] Schricker-Loewenheim, § 69d, Rn. 10 und 19, § 69f, Rn. 11; Haberstumpf in Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage 1993, Kap. II, Rn. 160; Wandtke-Bullinger/Grützmacher, Hauptband, § 69d, Rn. 57; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1020 ff.

Software zu verhindern. Denn ist der Kopierschutz einmal umgangen, sind weitere – rechtswidrige – Vervielfältigungen meist ohne weiteres möglich.

Gegen die widersprechende Ansicht spricht zunächst, dass – folgt man der hier vertretenen Ansicht – die Regelungen über Computerprogramme gerade kein allgemeines Umgehungsverbot anordnen. Für die pauschale Annahme, eigenhändige Umgehungshandlungen seien generell nicht gestattet, fehlt es daher m. E. an einer Rechtsgrundlage. Dient die Umgehungshandlung allein der Anfertigung einer Sicherungskopie und wird hierdurch keine rechtswidrige Bearbeitung vorgenommen, verstößt der Nutzer nicht gegen die Rechte am Computerprogramm (s. o.). In solchen Fällen kann der Nutzer also auch nicht auf einen vertraglichen Herausgabeanspruch verwiesen werden.

Auch ansonsten spricht Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2001/29/EG[311] dafür, dass die eigenhändige Umgehung von DRM-Systemen zur Wahrnehmung der computerprogrammspezifischen Schrankenbestimmungen zulässig ist. Gleiches gilt für die Äußerungen des deutschen Gesetzgebers in den Gesetzesmaterialien zum 1. Korb[312]. Auch das Gesetz lässt erkennen, dass die Erstellung von Sicherungskopien durch den Nutzer selbst gestattet wird, ohne dass sich dem Gesetzestext Hinweise auf Ausnahmen von dieser Regel entnehmen lassen[313]. M. E. wird hierdurch signalisiert, dass die europäischen wie deutschen Rechtssetzungsinstitutionen den Software-Schranken eine derart große Bedeutung zumessen, dass sie diese gegenüber einem etwaigen technischen Programmschutz als höherrangig einstufen. Läge es im Regelungsinteresse des Gesetzgebers, die Nutzer von Computerprogrammen bei Einsatz technischen Schutzmaßnahmen hinsichtlich der Sicherungskopie auf einen Herausgabeanspruch zu verweisen, wäre es ein Leichtes gewesen, einen solchen Anspruch gesetzlich zu regeln. Hierfür hätte es lediglich der Einführung einer nach dem Vorbild des § 95b Abs. 1 UrhG geschaffenen Anspruchsgrundlage oder gar eines Verweises auf jene Norm bedurft. Der Gesetzgeber hat sich jedoch in Übereinstimmung mit dem Richtlinien-Geber entschieden, diese Vorschrift durch Einführung des § 69a Abs. 5 UrhG auszuschließen.

Letztlich wird zu differenzieren sein. Wird den Nutzern durch die Lizenzbestimmungen ein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe einer Sicherungskopie bei technisch geschützten Programmen eingeräumt, wird einem im Gegenzug ausgesprochenen Verbot zur Anfertigung einer Sicherungskopie im Zweifel nichts entgegenstehen. Dieser Anspruch sollte die Interessen der Nutzer am Erhalt ihrer dauerhaften Verwendungsmöglichkeit ihrer Programmkopien ausreichend sichern, und dem Interesse der Hersteller, dass Vervielfältigungen kopiergeschützter Werkexemplare nicht eigenhändig vorgenommen werden, würde gleichsam entsprochen. Wird ein solcher Anspruch indes nicht gewährt, sondern die Anfertigung von Sicherungskopien untersagt, ohne dass im Gegenzug eine die zukünftige Nutzung sichernde Befugnis des Nutzers anerkannt wird, ist das Verbot gem. §§ 69d Abs. 2, 69g Abs. 2 UrhG nichtig.

In einer solchen vertraglichen Konstellation wäre die zukünftige Nutzung des Computerprogramms nicht gesichert. Denn einen gesetzlichen Anspruch auf Herausgabe

---

311 Der Wortlaut wurde oben, Punkt 2.7.4.2.2, wiedergegeben.

312 Auch diese wurden oben, Punkt 2.7.4.2.1, bereits wiedergegeben.

313 Hierfür spricht maßgeblich der Wortlaut des § 69d Abs. 2 UrhG: „*Die Erstellung einer Sicherungskopie durch eine Person, die zur Benutzung des Programms berechtigt ist, darf nicht vertraglich untersagt werden, wenn sie für die Sicherung künftiger Benutzung erforderlich ist.*“.

einer Sicherungskopie kennt das Urheberrechtsgesetz nicht. Eine derartige Anspruchsgrundlage ergibt sich v. a. nicht aus § 69d Abs. 2 UrhG, der nur eine Einschränkung der Dispositionsfreiheit anordnet[314]. Eine vertragsrechtliche Regelung, die bestimmte Vertragsgestaltungen für unwirksam erklärt, stellt keine Anspruchsgrundlage dar und ist als solche auch untauglich, da sie – wie sich an § 69d Abs. 2 UrhG zeigt – keinerlei Anspruchsvoraussetzungen, Rechtsfolgen, Verjährungsregeln oder Regelungen über den Schuldner enthält. Für eine analoge Anwendung von § 95b Abs. 1 UrhG fehlt es angesichts § 69a Abs. 5 UrhG an einer (planwidrigen) Regelungslücke.

Dennoch wird ein Ausschluss der Sicherungskopie – jedenfalls bei kopiergeschützten Datenträgern – nicht generell unwirksam sein. Dies zeigt m. E. die hinter dem „Erforderlichkeits-Kriterium“ des § 69d Abs. 2 UrhG stehende Wertung. Der Gesetzgeber hat in den Materialien zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Herstellung einer Sicherungskopie nicht erforderlich (und damit nicht zulässig) ist, wenn „der Verkäufer eines Computerprogramms dem Käufer eine Sicherungskopie aushändigt“. Der Sicherung zukünftiger Benutzung täte es m. E. ausreichend Genüge, wenn der Hersteller von vornherein zwei Programmkopien ausliefert oder er sich verpflichtet, auf Anfrage des Nutzers Ersatz zu liefern. Dies sollte jedenfalls dann interessengerecht sein, wenn der Ersatzanspruch nicht weiteren Einschränkungen unterworfen ist.

8.2.6 Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die exemplarisch zu überprüfenden Kopierverbote

8.2.6.1 Wirksamkeit der Kopierverbote von EA und Blizzard

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, dass nach der hier vertretenen Ansicht auf die Lizenzbestimmungen von Computerspielen die §§ 69a ff. UrhG jedenfalls insoweit Anwendung finden, als es die Regelung der Nutzerbefugnisse angeht. Dies gilt mithin auch und besonders für die §§ 69d und 69e UrhG. Nach § 69d Abs. 2 i. V. m. § 69g Abs. 2 UrhG sind vertragliche Vereinbarungen, die die Anfertigung von Sicherungskopien untersagen, nichtig.

Soweit also in den allgemeinen Geschäftsbedingungen von EA (für FIFA Football 2005) und Blizzard (für WoW) Kopien jeglicher Art – und bei EA sogar explizit Sicherungskopien – untersagt werden, sind diese Regelungen mithin im Zweifel unwirksam. Dies gilt nach den vorstehenden Erörterungen auch dann, wenn die genannten Computerspiele kopiergeschützt sind.

In Bezug auf das WoW-EULA könnte man sich allenfalls die Frage stellen, ob Sicherungskopien durch den letzten Satz der Ziff. 4.A nicht doch gestattet sein sollen. Hiernach darf *„eine (1) Kopie des Spiel-Clients und der Handbücher ausschließlich zu Archivierungszwecken“* hergestellt werden. Was mit „Archivierungszwecken“ gemeint ist, ist äußerst unklar. Aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts wird jedenfalls zweifelhaft sein, ob hiermit Sicherungskopien gemeint sind. Hiergegen spricht, dass der Anbieter sich

---

[314] Ebenso Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1022, der einen solchen Anspruch ebenfalls nicht erkennen kann.

nicht dieses eingeführten Begriffes bedient hat, sondern stattdessen von einer Archivkopie die Rede ist. Diese Unsicherheit wird durch den mehrdeutigen allgemeinen Wortsinn des Begriffs „Archivierungszwecke“ m. E. eher verstärkt als ausgeräumt. Der Begriff des Archivs ist in diesem Zusammenhang wohl eher ungebräuchlich. Nutzer machen Sicherungskopien, Archive werden dagegen weniger von Nutzern als von öffentlichen Institutionen angelegt. Sie dienen – anders als Sicherungskopien – nicht in erster Linie dem Erhalt der Benutzung sondern eher dem Erhalt des Bestandes.

Geht man auch hier von der für den Nutzer ungünstigsten Auslegung aus, würde diese wohl ergeben, dass er sich aufgrund der unklaren Formulierung der Klausel nicht sicher sein kann, ob er wirklich eine Sicherungskopie anfertigen darf. Wären solche – aus dieser Sicht – mit den genannten Archivkopien nicht gemeint, würde das Kopierverbot aus Ziff. 4.A) auch insofern gelten. Eine Sicherung künftiger Benutzung wäre damit nicht gewährleistet und Ziff. 4.A) im Zweifel unwirksam.

Weder das WoW-EULA noch die EA-Lizenzbestimmungen gewähren im Übrigen Nachbezugsrechte, also die Befugnis, eine Ersatzkopie für zerstörte oder verlorene Original-Datenträger zu erhalten. Auf die Frage, ob solche Ansprüche Verbote von Sicherungskopien angemessen ausgleichen und damit zur Wirksamkeit verhelfen, kommt es hier also nicht an.

Einen äquivalenten Ausgleich schaffen m. E. auch nicht die gewährten Gewährleistungs- oder Garantienansprüche. Zwar können die Käufer die Datenträger hiernach – bei Auftreten von Mängeln – umtauschen oder sonstwie ersetzen lassen. Ein dem gesetzlichen Recht, selbst eine Sicherungskopie anzufertigen, entsprechendes Äquivalent stellen Gewährleistungs- oder Garantieansprüche m. E. jedoch nicht dar. Denn diese sichern nicht umfassend die zukünftige Nutzung gegen Verlust, Zerstörung oder Diebstahl, sondern gewähren nur sowohl zeitlich als auch inhaltlich sehr begrenzte Rechte bei Produktmängeln. Das Recht auf Sicherungskopie dient mithin einem hierüber erheblich hinausgehenden Zweck, dessen Sicherung durch Gewährleistungsansprüche nicht erreicht wird.

Eine Garantie bei mangelhaften Datenträgern zu gewähren ist damit m. E. von der Frage, ob Sicherungskopien durch AGB verboten werden können, unabhängig. Derartige Ansprüche sind weder bestimmt noch geeignet, das Interesse der Nutzer an der dauerhaften Nutzung eines Computerprogramms zu schützen.

Im Ergebnis spricht einiges dafür, dass die Ziff. 4.A) der WoW-Lizenzbestimmungen und die entsprechende (nicht nummerierte) Bestimmung in den Lizenzbestimmungen von FIFA 2005 gem. § 69d Abs. 2 UrhG unwirksam sind. Bei dem WoW-EULA ergibt sich eine – neben den rechtlich umstrittenen Fragen – Unsicherheit hinsichtlich der Auslegung der Gestattung einer Archivkopie.

Das gleiche Ergebnis ergibt sich – teilt man die hier vertretene Auffassung – aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der Nutzer wird durch in AGB angeordnete Kopierverbote, die (auch) Sicherungskopien von Computerprogrammen erfassen, unangemessen benachteiligt, da diese dem wesentlichen Grundgedanken des § 69d Abs. 2 UrhG widersprechen.

8.2.6.2 Wirksamkeit des Kopierverbots von Take2

Anders als die vorstehend genannten Hersteller offeriert Take2 den Nutzern von Civilization einen Austausch des Original-Datenträgers (vgl. § 3 Abs. 3 der Lizenzbestimmungen). Gegen Einsendung des Original-Datenträgers sowie Zahlung einer Kostenpauschale von 10 € erklärt sich der Hersteller bereit, einen neuen Datenträger zuzuschicken.

Allerdings genügt diese Offerte nicht den Anforderungen an einen, die Sicherungsinteressen der Nutzer befriedigenden, Ersatzanspruch. Denn nach den – in die Lizenzbestimmungen durch Verweis in Ziff. 3 Abs. 3 einbezogenen – Hinweisen im Abschnitt „CD-Tausch" soll es sich hierbei nur um eine freiwillige Leistung handeln, auf die der Nutzer keinen Anspruch hat. Eine freiwillige Leistung des Herstellers ist kein Äquivalent für das Recht aus § 69d Abs. 1 UrhG, selbst eine Sicherungskopie herzustellen. Dies gilt umso mehr, als der Hersteller keinerlei Angaben macht, aus welchen Gründen der Austausch versagt werden kann. Eine Sicherung zukünftiger Benutzung für den Nutzer wird so nicht herbeigeführt. Es kann hier daher dahinstehen, ob die weiteren Anforderungen an einen CD-Tausch bei Take2[315] nicht schon für sich genommen die Rechtfertigung für einen Ausschluss der Sicherungskopie verhindern.

8.2.7 Zusammenfassung

Die rechtliche Situation bei Computerspielen ist höchst komplex und bislang durch Rechtsprechung und Literatur nur unzureichend geklärt worden.

Nach der hier vertretenen Ansicht spricht einiges dafür, dass in Bezug auf die Nutzerbefugnisse für Computerspiele die speziellen Regelungen über Computerprogramme (§§ 69d ff. UrhG) gelten. Hiernach ist die Befugnis des Nutzers, Sicherungskopien anzufertigen, zwingendes Recht. Dies gilt in der Regel auch bei Einsatz technischer Schutzmaßnahmen. Der Hersteller kann diese Befugnis nur ausschließen, wenn er dem Anwender im Gegenzug ein vertragliches Nachbezugsrecht, also einen Anspruch auf Erhalt einer weiteren Kopie des Computerspiels, einräumt. Ob und inwieweit ein solches Recht weiteren Bedingungen oder Einschränkungen unterworfen werden kann, musste vorliegend nicht geklärt werden. Denn keine der überprüften Computerspiel-Lizenzbestimmungen enthielt ein Nachbezugsrecht als Ausgleich für die in allen geprüften Fällen enthaltenen Kopierverbote.

Folgt man den Ergebnissen der Untersuchung, sind die geprüften Lizenzbestimmungen im Zweifel unwirksam. Weitere Klauseln der vorliegenden Computerspiel-Lizenzbestimmungen wurden – absprachegemäß – nicht geprüft. Allerdings scheinen diese schon bei flüchtigem Hinsehen auch in anderer Hinsicht Anlass zu rechtlichen Bedenken zu geben.

---

[315] Der Original-Datenträger einschließlich Verpackung und Handbuch muss eingesendet und eine Austauschgebühr bezahlt werden, der CD-Tausch ist auf ein Kalenderjahr nach „Erstveröffentlichung des Tauschtitels beschränkt" (siehe Ziff. 4 des Abschnitts CD-Tausch).

8.3 Die Lizenzbestimmungen von Valve

Die Firma Valve Corporation wurde vom vzbv mit Schreiben vom 31. Mai 2005 wegen deren Lizenzbestimmungen für das Spiel „Half Life 2“ bzw. den dazugehörigen Online-Dienst „Steam“ abgemahnt. Nachdem die meisten Aspekte bereits außergerichtlich geklärt wurden, steht nunmehr nur noch die Auseinandersetzung über die Wirksamkeit zweier Klauseln aus dem Steam Subscriber Agreement in Rede. Diese sollen laut Klageauftrag vom 20. Oktober 2005 nunmehr gerichtlich geklärt werden.

Im Folgenden soll hier noch einmal auf die rechtliche Beurteilung der streitigen Nichtübertragbarkeitsklausel eingegangen werden.

In Bezug auf die bislang umstrittene Garantieregelung (Ziff. 9.C) des SSA), erübrigt sich eine weitere Untersuchung m.E. Ob die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung ergibt, dass hierin trotz der Verwendung des Begriffes „Garantie“ ein vollständiger Haftungsausschluss liegen soll, hängt stark von der Sicht des Betrachters ab und ist daher schwer zu antizipieren. M.E. spricht gegen diese Interpretation, dass sich in Ziff. 9.B) eine Klausel zu Haftungsbeschränkungen findet. Jene Klausel verstößt indes gegen § 309 Nr. 7b), da hier eine Vielzahl von Schäden unabhängig vom Grad des Verschuldens von der Haftung ausgenommen werden. Der am Ende der Klausel befindliche salvatorische Zusatz ändert hieran nichts[316]. Im Zweifel läge es daher näher, sich gegen diese Klausel zu wenden.

8.3.1 Nichtübertragbarkeitsklausel

Ziff. 1 Abs. 5: “You may not sell or charge others for the right to use your Account, or otherwise share or transfer your Account.”

Inzwischen gibt es auch einen „Steam-Nutzungsvertrag“ (nachstehend: SSA) in deutscher Sprache. In diesem heißt es in Ziff. 1 Abs. 5 a.E.:

„Es ist Ihnen untersagt, Ihr Benutzerkonto zu verkaufen, für dessen Nutzung Geld zu verlangen oder es anderweitig weiterzugeben.“

Der vzbv hatte sich in der außergerichtlichen Argumentation zunächst in der Abmahnung vom 31. Mai 2005 hinsichtlich Ziff. 1 Abs. 5 des SSA auf einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. § 69c Nr. 3 UrhG berufen. In dem Verbot, den Nutzer-Account zu übertragen, liege ein Verstoß gegen den Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts, da Half Life 2 nur unter gleichzeitiger Nutzung des Online-Accounts des Online-Dienstes „Steam“ gespielt werden könne. Indem die Übertragbarkeit dieses Accounts durch die Lizenzbestimmungen von Steam ausgeschlossen werde, werde faktisch auch die Übertragung des Spiels untersagt. Denn eine Übertragung des Spiels ohne Account sei für den Erwerber sinnlos. Die unzulässige Verbraucherbeschränkung werde auch nicht dadurch ausgeräumt, dass eine Zustimmung des Herstellers zur Übertragung des Steam-Accounts gem. Ziff. 2.E jedenfalls theoretisch in Aussicht gestellt werde.

---

[316] Siehe hierzu oben, Punkt 2.1.2.2.2.

Die Rechtsanwälte von Valve haben sich dagegen auf den Standpunkt gestellt, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf die Übertragbarkeit von Steam keine Anwendung finde. Hierbei handele es sich nicht um ein Produkt (also ein urheberrechtlich geschütztes Werkexemplar), sondern um eine Dienstleistung. Der Erschöpfungsgrundsatz finde gem. Erwägungsgrund 29 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG hierauf keine Anwendung.

8.3.2 Nutzungsbedingungen von Steam und Funktionsweise des Dienstes im Zusammenhang mit Half Life 2

Die Nutzungsbedingungen im „Steam-Nutzungsvertrag" sind schwer zu durchschauen. Hierbei handelt es sich um „Universal-Lizenzbestimmungen", die sich auf eine Mehrzahl unterschiedlicher Produkte und Dienstleistungen beziehen. So werden zum einen die Nutzungsbefugnisse und -pflichten bezüglich des Steam-Online-Dienstes geregelt, auf den die Regelungen der Ziff. 1 zur Anwendung kommen. Zum anderen betreffen die Lizenzbestimmungen Erwerb und Nutzung von Software-Produkten und zwar einerseits die über Steam zu beziehenden Computerspiele oder andere Software (die Formulierung, mit der in Ziff. 2.A Abs. 1 die hierunter fallende „Steam-Software" definiert wird, ist uneindeutig) und andererseits die Steam-Client-Software (in Ziff. 2.A Abs. 3 als „Steam-Installer" bezeichnet).

Zudem hat ein Testkauf im Januar 2006 ergeben, dass die hierbei erworbene Handels-Version des Spiels Half Life 2 weitere Lizenzbestimmungen enthält, die vor der Installation des Spiels akzeptiert werden müssen[317] (nachstehend: HL-Lizenzbestimmungen). Diese Lizenzbestimmungen werden allein **in englischer Sprache** angezeigt[318]. Auch hierin finden sich diverse Einschränkungen der Weiterübertragungsfreiheit.

In Ziff. 3 heißt es:

„*3. Program Transfer. Prior to subscribing the Program with the Steam service, you may permanently transfer all of your rights under this License Agreement, provided that: (a) the recipient agrees to the terms of this License Agreement, (b) you remove the Program from your computer and retain no copies of the Program, and (c) you transfer all of the Program (including all software components, the media and printed materials that accompany the Program, any code needed to subscribe the Program with the Steam service ("CD Key") License Agreement) to the recipient. Furthermore, you agree that you will not provide a CD Key to any third party except as part of the transfer of this License Agreement and the entire Program in accordance with the preceding sentence.* ***You acknowledge and understand that you may not transfer the Program or this License Agreement after subscribing the Program with the Steam Service.***"

---

[317] Bei der erworbenen Version handelt es sich um die Ausgabe: Spiel des Jahres, auf der neben Half Life 2 noch andere Spiele von Valve (z. B. Counter-Strike: Source u. a.) enthalten sind. Diese Version ist momentan überall im Handel erhältlich.

[318] Ob in der Verwendung ein Verstoß gegen die Unterlassungserklärung von Valve vom 12.10.2005 liegt, ist angesichts der Tatsache, dass hier eine Umstellungsfrist eingefügt wurde, nicht eindeutig zu klären. Denn die Erklärung wurde auf Produkte beschränkt, die nach dem 12.11.2005 hergestellt wurden. Ruft man die Information der erworbenen Spiele-DVD auf, heißt es: „geändert 15.8.2005". Ob dies das Herstellungsdatum ist und ob sich dies gegebenenfalls manipulieren lässt, kann hier nicht geklärt werden. Auf dem Datenträger selbst findet sich kein Herstellungsdatum. Im Übrigen bezieht sich die Unterlassungserklärung nur auf das Steam-Subscriber-Agreement. Bei den auf der Spiele-DVD enthaltenen Lizenzbestimmungen handelt es sich jedoch um andere Bestimmungen, die speziell für das Produkt selbst gelten.

Eine Übertragung des Spiels ist hiernach nur bis zur Registrierung des Spiels im Steam-Account des Nutzers zulässig. Hiernach darf das erworbene Programm nicht mehr weitergegeben werden.

Die insofern für die Nutzung von Half Life 2 geltenden, unterschiedlichen Lizenz- und Nutzungsbedingungen müssen bei der juristischen Prüfung der einzelnen Lizenzbestimmungen zunächst isoliert untersucht werden. So bezieht sich das – bislang im Vordergrund der Auseinandersetzung stehende – Übertragungsverbot in Ziff. 1 Abs. 5 SSA nur auf den Nutzer-Account. Hiervon zu unterscheiden ist das bedingte Veräußerungsverbot in Ziff. 3 der HL-Lizenzbestimmungen.

Ebenso wie Produkt und Service stehen die beiden jeweils geltenden Vertragswerke allerdings naturgemäß in einem engen Zusammenhang. Diesen zu ergründen ist indes nicht ohne weiteres möglich.

So ist es äußerst schwierig, die untersuchungsrelevanten Fakten über die Nutzungsmöglichkeiten des Computerspiels Half Life 2 herauszufinden; vor allem zu klären, was Steam eigentlich ist und wie dieses Produkt oder dieser Dienst mit der Verwendung von Half Life 2 in Zusammenhang steht. Auf der Steam-Website (www.steampowered.com) finden sich kaum Informationen darüber, was Steam eigentlich ist, wie es funktioniert oder in welchem Zusammenhang es mit den Spielen von Valve steht[319]. In Internet-Foren wird der Steam-Dienst als „mysteriös“ bezeichnet. Nach einer Meldung des News-Dienstes „Shacknews“ handelt es sich bei Steam um ein Content-Liefer-System[320]. Das System hat hiernach verschiedene Funktionen. Einerseits können über Steam ganze Produkte erworben und heruntergeladen werden. Andererseits dient der Dienst auch dazu, für körperlich erworbene Produkte notwendige Dateien herunterzuladen oder diese automatisiert upzugraden.

Bei Half Life 2 ist Steam jedenfalls erforderlich, um die Testversion des Spiels (die auf einem Datenträger erworben wurde) online freizuschalten. Ohne eine solche Freischaltung kann das Spiel scheinbar nicht in Betrieb genommen werden. Eigene Ermittlungen des vzbv sollen ergeben haben, dass Steam notwendig ist, um in der Retail-Version fehlende, für die Nutzung des Spiels erforderliche, Programmteile herunterzuladen. Dies scheint sich bestätigt zu haben. Jedenfalls wurde bei dem ersten Spielstart der Retail-Version von Half Life 2 darauf hingewiesen, dass zunächst weitere Komponenten heruntergeladen werden. Damit ist der Erwerb auch eines im herkömmlichen Handel erworbenen Spiels zweigeteilt. Nur ein Teil des für die Verwendung des Spiels erforderlichen Programmcodes wird mit dem Kauf des Datenträgers erworben, ein anderer per Download über den Steam-Dienst. Auch aus den Formulierungen des SSA ergibt sich eine solche Funktionalität.

So heißt es in Ziff. 2.A. des SSA:

„*Steam sowie ihre Abonnements setzen den automatischen Download und die Installation von Software und anderen Inhalten sowie Updates („Steam-Software“) auf Ihrem Computer voraus.*“

Dass mit dem Begriff „Steam-Software“ nicht allein die Steam-Client-Software gemeint sein kann, wird an Ziff. 2.A Abs. 3 deutlich. Diese wird hiernach als „Steam-Installer“ bezeichnet und damit von der „Steam-Software“ (was immer hiermit auch gemeint ist) abgegrenzt.

Eine Verwendung der Spiele ist ebenfalls nur über den persönlichen Nutzer-Account von Steam möglich, in dem (im Bereich „Meine Spiele“) die erworbenen Spiele gespeichert sind und aus dem sie gestartet werden müssen. Dies gilt jedenfalls, solange man die volle (Online-)Funktionalität des Spiels nutzen

---

319 Allerdings findet sich auf der Steam-Webseite eine „Feature-List“, vgl. unter http://www.steampowered.com/index.php?area=features.

320 Vgl. http://www.shacknews.com/extras/e_steam/index.x, wonach es sich bei Steam um ein „distributed content delivery system“ handeln soll.

möchte. Immerhin scheint es daneben möglich zu sein, das Spiel in einem „Single-Player-Mode“ offline zu spielen.

Damit ergibt sich in Bezug auf die Übertragbarkeit des Computerspiels Half Life 2 folgendes Gesamtbild: Retail-Versionen (also solche, die auf Datenträgern vertrieben werden) von Half Life 2 dürfen nach den Lizenzbestimmungen nur eingeschränkt weiterveräußert werden. Dies ist nur bis zur Subskription des Spiels unter Steam zulässig, mit anderen Worten, solange man das Spiel nicht benutzt hat. Weiterveräußerungsmöglichkeiten bestehen daher auch bei Retail-Versionen faktisch nur sehr eingeschränkt, hat doch der Nutzer häufig erst dann ein Interesse an einem Weiterverkauf, wenn er das Spiel nach ausgiebigem Gebrauch oder zumindest nach Ausprobieren nicht (mehr) verwenden will.

Ob die Übertragung eines einmal registrierten Spiels technisch überhaupt möglich ist, wird aus der Dokumentation und den Informationen des Steam-Supports (FAQ-Liste) nicht ganz deutlich. Hieran bestehen insofern Zweifel, als ein Spiel durch die zwingende Registrierung einem bestimmten Nutzer-Account zugeordnet wird. Diesen Account darf der Nutzer nicht übertragen, worauf Valve in den FAQ ausdrücklich hinweist. Hiernach führt jeder Versuch, einen Account zu übertragen, dazu, dass dieser und die hierin gespeicherten (registrierten) Spiele gesperrt werden[321]. Anscheinend besteht immerhin die Möglichkeit, den CD-Key (die Registrierungsnummer) eines Spiels nach erstmaliger Registrierung durch Valve zurücksetzen zu lassen, um so die Registrierung einer Spiele-Kopie unter einem anderen Nutzer-Account zu ermöglichen. Diesen Reset kann jedoch nur Valve durchführen, was einen Antrag bei dem Unternehmen voraussetzt, bei dem allerhand Anforderungen zu erfüllen sind[322].

Ob Valve die Übertragung eines einmal registrierten Spiels durch einen Reset der Registrierung tatsächlich ermöglicht, scheint jedoch fraglich. Dies stünde im Widerspruch zu der Bestimmung der HL-Nutzungsbedingungen, die eine solche Übertragung ausdrücklich untersagen. Ein Anspruch hierauf

---

[321] Siehe unter http://support.steampowered.com/cgi-bin/steampowered.cfg/php/enduser/std_adp.php?p_faqid=368&p_created=1110929217&p_sid=hWOK8e*h&p_lva=374&p_sp=cF9zcmNoPTEmcF9zb3J0X2J5PSZwX2dyaWRzb3J0PSZwX3Jvd19jbnQ9MyZwX3Byb2RzPTAmcF9jYXRzPTE5LDE4MyZwX3B2PSZwX2N2PTIuMTgz: „Steam accounts may be disabled for one of more of the following reasons: Cheating or hacking, Piracy (attempting to register generated cd-keys or cd-keys posted on the Internet, using hacked versions of Steam or any other method to bypass Steam). Fraudulent credit card use and /or a credit card dispute (chargeback) filed on a charge in your Steam Account. Sharing or Trading Steam Accounts and/or CD Keys. Buying, selling or trading Steam Accounts through websites, message boards or auction sites (such as eBay). Hijacking or being in possession of another users' Steam Account for ANY reason. If we catch someone who has been hijacking accounts, we disable all accounts associated to that person so they cannot continue to use them. If you think your Steam account has been hijacked see the information below on how to retrieve your account). **Per the Steam Subscriber Agreement, we will disable your account and any games contained in it if we find any of the above activity on your account. Your account will not be reactivated. Additionally, we may disable any or all other accounts registered to you...**“.

[322] Vgl. hierzu die Ausführungen von Valve in den FAQ (http://support.steampowered.com/cgi-bin/steampowered.cfg/php/enduser/std_adp.php?p_faqid=70&p_created=1092517154&p_sid=tp29Bn*h&p_lva=30&p_sp=cF9zcmNoPTEmcF9zb3J0X2J5PSZwX2dyaWRzb3J0PSZwX3Jvd19jbnQ9NDUmcF9wcm9kcz0wJnBfY2F0cz0xNywyMyZwX3B2PSZwX2N2PTIuMjMmcF9zZWFyY2hfdHlwZT1hbnN3ZXJzLnNlYXJjaF9ubCZwX3BhZ2U9MQ**&p_li=&p_topview=1). Hier heißt es unter anderem: „*If you recently purchased a used copy of a game which requires activation on Steam and are encountering an error message which states that your CD Key is registered to another account, you will need to contact us to have the CD Key reset so you may use it. Depending upon the CD Key and the associated subscriptions within Steam, this process may be completed through e-mail or it may require mailing the physical CD Key in for review.*“.

ergibt sich aus den Vertragswerken nicht und wird auch ansonsten (etwa durch die FAQ) von Valve nicht kommuniziert.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Übertragung eines Valve-Spiels viele Hindernisse entgegenstehen, die einerseits rechtlicher, andererseits technischer Natur sind. Die vielfältigen Bestimmungen und technischen Voraussetzungen, die hierbei zu beachten sind, sind für den Nutzer kaum zu durchschauen, z. T. widersprüchlich und überaus unübersichtlich. Von der Möglichkeit freier Weiterveräußerung des Spiels Half Life 2 und der Verfügungsfreiheit über das an einer Spielekopie erworbene Eigentum kann hier keine Rede sein.

8.3.3 Rechtliche Beurteilung

Oben wurde bereits ausführlich dargestellt, dass Einschränkungen des Erschöpfungsgrundsatzes für urheberrechtlich geschützte Werkexemplare durch allgemeine Geschäftsbedingungen im Zweifel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind. Dies gilt nach den dortigen Ausführungen auch für Weiterveräußerungsverbote mit Zustimmungsvorbehalt[323]. Auch sprechen Aspekte dafür, dass – jedenfalls uneingeschränkte – Weitergabeverbote von unkörperlich erworbenen Werkstücken unwirksam sind[324], wobei diese Frage bislang ungeklärt ist.

Unwirksam dürfte hiernach zunächst die Übertragungseinschränkung in Ziff. 3 der HL-Nutzungsbedingungen sein. Wie ausgeführt ist die Einschränkung, das Spiel nach der Registrierung unter Steam nicht mehr übertragen zu dürfen, erheblich. Faktisch werden die Nutzer damit in den meisten Fällen nicht berechtigt sein, ihre Programmkopie zu veräußern. Der Umstand, dass in den Nutzungsbedingungen nur von der Übertragung „des Programms“ und den Rechten aus den Lizenzbestimmungen die Rede ist, nicht aber von dem Datenträger, auf dem sich das Programm befindet, ändert hieran nichts. Zum einen wird und kann der Verbraucher dies nur als Übertragungsverbot für seine Programmkopie verstehen. Zum anderen ist die Weiterveräußerung des Datenträgers ohne die Befugnis, dem Erwerber auch die Möglichkeit und das Recht zur Nutzung des hierauf befindlichen Spiels zu verschaffen, sinnlos. Eine diesbezügliche Differenzierung würde mithin die Wertungen des Erschöpfungsgrundsatzes unterlaufen.

Im Übrigen findet sich in Ziff. 2.E des SSA noch ein weiteres Weiterveräußerungsverbot (mit Zustimmungsvorbehalt). In Abs. 2 der Klausel heißt es:

„Sie dürfen die Steam Software für Ihre privaten Zwecke nutzen, sind aber zu folgenden Handlungen ausdrücklich nicht berechtigt: (i) ***Die Steam Software an Dritte ohne vorherige schriftliche Genehmigung seitens Valves zu verkaufen, zu beleihen oder Kopien der Steam Software auf beliebigem Wege an Dritte weiterzugeben, sie zu vermieten oder Nutzungsrechte an der Steam Software an Dritte weiterzugeben“***

Ob dies wirksam ist oder nicht, ist weniger klar zu beurteilen. So ist schon nicht eindeutig, auf welche Art Software es sich bezieht. Bezug wird hierin lediglich auf jede Art von „Steam Software“ genommen. Der Terminus ist indes nicht eindeutig definiert[325]. Hiernach dürfte sich das Übertragungsverbot zumindest

---

[323] Siehe hierzu oben Punkt 2.1.2.1.1.

[324] Vgl. hierzu die Ausführungen in Punkt 2.2.1.2.1.

[325] In Ziff. 2.A ist der Terminus „Steam Software“ definiert. Hier heißt es lediglich: „Steam sowie ihre Abonnements setzen den automatischen Download und die Installation von Software und anderen Inhalten sowie Updates („Steam-Software“) auf Ihrem Computer voraus.“ Dass hiermit

auf die bei der Installation des Spiels – z. B. von einem Datenträger – ergänzend heruntergeladenen und installierten Software-Komponenten handeln. Nach den obigen Ausführungen ist bislang ungeklärt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Erschöpfungsgrundsatz auf unkörperlich erworbene Werkexemplare anwendbar ist.

Sollte es sich bei den Komponenten um wesentliche Bestandteile des auf einem Datenträger erworbenen Spiels handeln, ohne die dieses weder gespielt noch (entsprechend) weiterverkauft werden kann, spräche jedoch m. E. einiges dafür, die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes insofern auch hierauf zu erstrecken. Dies müsste jedenfalls dann gelten, wenn das Spiel auf den im Handel vertriebenen DVDs unvollständig ausgeliefert wird, das Hinzufügen der fehlenden Komponenten zum bestimmungsgemäßen Gebrauch notwendig und Zweiterwerber nicht selbst ohne weiteres in der Lage wären, diese von den Servern von Valve herunterzuladen. In diesem Fall wäre die Weiterveräußerung (auch) der Online-Komponenten des Spiels wesentlich für die Handelbarkeit des Datenträgers. Allerdings ließ sich dies hier nicht klären[326]. Die Frage muss daher offen bleiben.

Schließlich stellt sich die Frage, ob das für den Steam-Account geltende Übertragungsverbot aus Ziff. 1 Abs. 5 a.E. SSA wirksam ist. Um dies zu klären, sind weitere – von den obigen Ausführungen abweichende – rechtliche Überlegungen anzustellen.

8.3.3.1 Erschöpfungsgrundsatz und Dienstleistungen im Allgemeinen

Im Allgemeinen findet der Erschöpfungsgrundsatz auf Dienstleistungen keine Anwendung. Dies wurde im Erwägungsgrund 29 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG besonders hervorgehoben und ist auch aus urheberrechtlichen Gesichtspunkten selbstverständlich[327].

Es wurde oben bereits ausgeführt, dass der Erschöpfungsgrundsatz in direkter Anwendung allein für a) körperlich in den Verkehr gebrachte Werkexemplare und b) für das Verbreitungsrecht (also das Recht, körperliche Werkstücke (weiter) zu verbreiten) gilt.

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung erschöpft sich dagegen nicht, was bedeutet, dass das Recht, Werke online zugänglich zu machen, nicht mit dem ersten Zugänglichmachen erlischt. Gleiches gilt selbstverständlich auch für die Erbringung von Online-Diensten, soweit diese nicht das Angebot urheberrechtlich geschützter Dateien zum Inhalt haben, sondern etwa Services oder Support anbieten.

---

nicht allein die Steam-Client-Software gemeint ist, wird an Ziff. 2.A Abs. 3 deutlich. Diese wird hiernach als „Steam-Installer“ bezeichnet.

[326] Um herauszufinden, welche Komponenten von Steam als Ergänzung des Spiels heruntergeladen werden und wie sich diese bzw. deren Fehlen auf die Funktionalität des Spiels auswirken würden, müsste man einen Weg finden, die Aktivitäten des Installierungsprogramms technisch zu überwachen und zu untersuchen.

[327] Der Wortlaut des Erwägungsgrundes wurde oben, Punkt 2.2.1.2.1.1.4, zitiert. Im Übrigen lassen sich aus Erwägungsgrund 29 – jedenfalls in Bezug auf die Nutzung und die Weiterverbreitung – des Computerspiels Half Life 2 keine weiteren Schlüsse ableiten. Denn gem. Art. 1 Abs. 2 lit. a), Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2001/29/EG sind die dortigen Regelungen auf die Rechte an Computerprogrammen nicht anwendbar, soweit diese bereits in der Computerprogramm-Richtlinie 91/250/EWG geregelt wurden. Da der Erschöpfungsgrundsatz in Art. 4 lit. c) (umgesetzt in § 69c Nr. 3 UrhG) der Computerprogramm-Richtlinie geregelt wurde, wird dieser durch Erwägungen der InfoSoc-Richtlinie nicht betroffen. Erwägungsgrund 29 hat damit auf die Auslegung des Erschöpfungsgrundsatzes bei Computerprogrammen keine bindende Wirkung.

Hier spielt der Erschöpfungsgrundsatz schon von daher keine Rolle, da diese Arten von Dienstleistungen keine urheberrechtliche Relevanz haben.

Die Bereitstellung eines Steam-Online-Accounts ist eine Dienstleistung[328]. Dem Nutzer wird hierbei ein individueller, virtueller Bereich zur Verfügung gestellt, über den er auf persönliche Einstellungen zugreifen und aus dem heraus er seine Spiele starten kann. Der Dienst und dessen Erbringung haben daher keine urheberrechtlichen Implikationen, sodass dem Erschöpfungsgrundsatz in Bezug auf die Frage, ob die Übertragung des Accounts auf Dritte untersagt werden kann, keine unmittelbare Wertung zu entnehmen ist. Eine mittelbare Wirkung kommt dagegen – aufgrund der engen technischen Verknüpfung von Dienst und Produkt – durchaus in Betracht.

8.3.3.2 Erschöpfungsgrundsatz und Steam-Dienst im Besonderen

Bei dem Online-Dienst Steam liegt die Besonderheit in dem engen Zusammenhang mit der Nutzung des Computerspiels Half Life 2. Wie der vzbv ganz richtig in seiner außergerichtlichen Auseinandersetzung mit Valve hervorgehoben hat, wirkt sich das Übertragungsverbot von Steam aufgrund dieser engen Verknüpfung im Zweifel auf die Übertragbarkeit von Half Life 2 insgesamt (also auf die Weiterveräußerungsfähigkeit des Spiels an sich) aus. Hängt die Verwendungsfähigkeit des Spiels nämlich unmittelbar technisch von der Nutzungsmöglichkeit desjenigen Steam-Accounts ab, in dem das Spiel erstmals registriert wurde, ist ein Weiterverkauf des auf dem Datenträger befindlichen Spiels bereits aufgrund des Übertragungsverbots für den Account mittelbar auch untersagt.

Der Grund für die generelle Wertung, dass in AGB enthaltene Veräußerungsverbote unwirksam sind, liegt nach obigen Ausführungen zum einen in der hiermit einhergehenden, nicht gewünschten Einschränkung der Verkehrsfähigkeit von geschützten Werkexemplaren[329]. Zum anderen wird hierdurch die Verfügungsfreiheit und somit die Eigentumsfreiheit des Erwerbers geschützt[330]. Sofern die Nutzungsmöglichkeit von Half Life 2 die Verwendung der Programmkopie und des Accounts erfordert, ist dem Erwerber mit einer Unwirksamkeit nur des für das Programm geltenden Veräußerungsverbots nicht geholfen. Vielmehr müsste sich diese Wertung insofern auch auf das Übertragungsverbot an dem Account erstrecken, wollte man den Interessen des Verkehrs und des Erwerbers entsprechend den Gedanken der §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2 UrhG i. V. m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gerecht werden.

Der Umstand, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf die Weiterübertragungsfähigkeit von Diensten keine (unmittelbare) Anwendung findet, ist daher m. E. letztlich unerheblich. Zumindest müssen dessen Wertungen bei der Inhaltskontrolle des Steam-Übertragungsverbots herangezogen werden, da der Erschöpfungsgrundsatz ansonsten hierdurch faktisch ausgehebelt werden könnte.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass das Übertragungsverbot Gegenstand eines eigenständigen Dienstvertrags ist, dessen wesentliche Grundgedanken eine Übertragbarkeit der Leistungen auf einen anderen Dienstnehmer nicht bedingen. Allerdings erscheint dies Argument aus verschiedener Hinsicht angreifbar. Zum einen ist schon fraglich, ob das SSA einen reinen Dienstvertrag darstellt. Hiergegen spricht, dass hierin nicht nur Nutzungsregeln des Online-Dienstes bestimmt sind, sondern auch eine

---

[328] Diese Dienstleistung ist von der Steam-Client-Software zu unterscheiden, die dem Nutzer zur Verwendung des Steam-Dienstes zur Verfügung gestellt wird. Die Client-Software ist frei zugänglich, kann also von jedermann heruntergeladen und nach Ziff. 2 Abs. 3 des Steam-Nutzungsvertrags sogar frei verbreitet werden.

[329] Vgl. nur BGH, GRUR 2001, 153/155 – OEM Version.

[330] Näheres siehe oben, Punkt 2.1.2.1.3.

Vielzahl produktbezogener Regelungen, der Vertrag also u. a. lizenzvertragliche Elemente enthält (wie z. B. die Lizenzbestimmungen zu Steam-Software und dem Steam-Installer). Damit geht der Anwendungsbereich des Steam Subscriber Agreements weit über die Bereitstellung der Dienstleistung hinaus. Dass Steam mehr ist als ein bloßer Online-Dienst, zeigt sich weiter daran, dass das System für die Benutzung der Valve-Spiele – wie oben aufgezeigt – von wesentlicher Bedeutung und damit zumindest unter anderem produktbezogen ist.

Im Übrigen scheint dieses Argument auch allzu formalistisch. Der Wille des Anbieters allein, Produkterwerb und -nutzung von der Nutzung der Dienstleistung durch Verwendung unterschiedlicher Vertragswerke zu trennen, kann für die rechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend sein.

Vielmehr müsste die Wertung in solchen Fällen m. E. wie folgt lauten: Entscheidet sich der Anbieter eines Produkts dessen Funktionalitäten so eng mit einer Dienstleistung zu verknüpfen, dass eine Verwendung des Produkts ohne die Dienstleistung nicht möglich ist, müssen auch etwaig gesonderte geregelte Bestimmungen mehrerer geschlossener Verträge bei der Inhaltskontrolle einer Gesamtbetrachtung unterzogen werden. Der Erwerber wird in seiner Stellung als Käufer, Nutzer und Eigentümer des Produkts unangemessen benachteiligt, wenn seine Verfügungsfähigkeit durch eine vorformulierte Vertragsklausel erheblich eingeschränkt wird und der Veräußerer an der Einschränkung nicht ausnahmsweise ein überwiegendes Interesse hat. Aus welchem Vertragsbestandteil oder Einzelvertrag verschiedener rechtlich und faktisch verbundener Verträge sich derartige Veräußerungsbeschränkungen ergeben, ist für die Bewertung der Interessenlage sichtlich ohne Belang. Entscheidend für die Frage, ob solche Klauseln wirksam sind oder nicht, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des wirtschaftlich einheitlichen Vertragsverhältnisses zu beurteilen.

SA und HL-Nutzungsbedingungen als „zusammengesetzte Verträge“

Diese Wertung wird durch die Regelungen des BGB in verschiedener Hinsicht gestützt. Rechtlich betrachtet könnte es sich bei SSA und HL-Nutzungsbedingungen z. B. um zusammengesetzte Verträge handeln. Zusammengesetzte Verträge liegen nach der Rechtsprechung vor, wenn nach dem Parteiwillen mehrere Verträge derart zu einem Gesamtvertrag zusammengefasst werden, dass sie für die rechtliche Beurteilung eine Einheit bilden[331]. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Sollen beide Verträge nach dem Parteiwillen miteinander stehen und fallen, liegt ein zusammengesetzter Vertrag vor[332]. In diesem Fall werden beide Verträge rechtlich wie eine Einheit betrachtet, was dazu führt, dass die für einen der Verträge zwingenden Vorschriften (etwa über die Form oder den Rücktritt) auch auf den anderen Vertragsteil Anwendung finden[333].

Für die Annahme eines zusammengesetzten Vertrages genügt es, wenn eine Partei den Willen hat, die einzelnen Verträge zu einer Einheit zu verbinden und dies dem anderen Vertragspartner erkennbar war und er dies gebilligt oder hingenommen hat[334]. Auch unterschiedliche Vertragstypen können zu einer Einheit zusammengefasst werden[335].

Vorliegend sind einige Indizien ersichtlich, die für eine Zusammenfassung der Lizenzbestimmungen von Half Life 2 mit dem Steam-Nutzungsvertrag sprechen. Hierfür spricht zunächst, dass beide allgemeinen Geschäftsbedingungen von einem Anbieter gestellt werden und die Vertragsparteien beider Verträge gleich sind. Zudem bestehen zwischen den beiden Vertragsverhältnissen – wie oben beschrieben –

---

[331] BGH NJW 1980, 829/830.
[332] BGH NJW 1980, 829/830; BGH NJW 1987, 1069.
[333] Vgl. Palandt/Heinrichs, vor § 311, Rn. 17.
[334] Palandt/Heinrichs, § 139, Rn. 5.
[335] Vgl. BGH NJW 1983, 2028.

enge Verbindungen. Diese werden auch und besonders in den jeweiligen Nutzungsbedingungen hervorgehoben. So heißt es in Ziff. 1.A der HL-Nutzungsbedingungen:

„In order to use the Program you will havehabe to subscribe to the Program with the Steam service and accept the terms of the Steam subscriber agreement („Steam Agreement"). By installing the Program, you agree that your future use of the Program will be subject to the terms of the Steam Agreement."

Eine Nutzung des Produkts ist damit nicht möglich, wenn nicht auch der „Dienstvertrag" geschlossen wird. Wer Half Life 2 also verwenden will, muss sowohl die HL-Nutzungsbedingungen als auch das SSA akzeptieren. Auf der Rückseite der Verpackung wird dies noch einmal hervorgehoben. Hier heißt es:

„Um dieses Produkt verwenden zu können, müssen Sie dem Steam Subscriber Agreement („SSA") zustimmen. Aktivieren Sie dieses Produkt per Internet, indem Sie ein Steam-Konto beantragen und das SSA akzeptieren. Bitten informieren Sie sich vor dem Kauf unter ... über den Inhalt des SSA. Wenn Sie mit den Bestimmungen des SSA nicht einverstanden sind, geben Sie dieses Spiel ungeöffnet an Ihren Händler gemäß seinen Rückgabebestimmungen zurück."

Hierdurch wird von Valve zum Ausdruck gebracht, dass die Nutzung von Produkt und Dienst eine Einheit bilden. Wer die Regeln des SSA nicht akzeptieren will, kann von seinen Rechten aus den HL-Nutzungsbedingungen und damit von dem durch ihn erworbenen Produkt keinen Gebrauch machen. Werden beide Verträge geschlossen, muss der Erwerber bei der Nutzung des Produkts auch die Regeln des Dienstes beachten. Würde er oder Valve etwa die Kündigung des SSA aussprechen, würde damit auch die Nutzungslizenz für Half Life 2 entfallen[336]. Das bringt der Anbieter durch den Satz: „*By installing the Program, you agree that your future use of the Program* ***will be subject*** *to the terms of the Steam Agreement."* klar zum Ausdruck. Wird kein Nutzungsvertrag über den Dienst geschlossen oder endet dieser, kann (technisch) und darf (rechtlich) der Nutzer auch das Produkt nicht (mehr) nutzen.

Für den Nutzer ist der hierdurch hergestellte Zusammenhang so eng, dass man hinsichtlich der Nutzungslizenz an Half Life 2 und dem Steam-Nutzungsvertrag aus seiner Sicht von einem einheitlichen Vertragsgegenstand ausgehen muss. Beide Verträge regeln für ihn zusammengenommen und untrennbar seine Rechte und Pflichten bei der Verwendung des Computerspiels. Entfällt einer der Verträge oder kommt er nicht zustande, kann der Verbraucher das Spiel nicht bestimmungsgemäß verwenden. Hierauf hat er keinen Einfluss. Der Nutzer muss die vom Anbieter vorgegebene Verbindung beider Verträge hinnehmen oder er kann das Spiel nicht nutzen.

Berücksichtigung des mit dem SSA zusammenhängenden Nutzungsvertrags an Half Life 2 als Begleitumstand gem. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB

Spricht hiernach einiges für die Annahme, dass die Valve-Verträge „zusammengesetzte Verträge" im Rechtssinne sind, stellt sich die Frage, inwiefern sich das auf das hier zu klärende Problem auswirkt. Mit anderen Worten ist weiterhin zu untersuchen, ob das im dienstvertraglichen Bestandteil enthaltene Übertragungsverbot des Steam-Accounts unwirksam ist, da es zwar nicht den gesetzlichen Grundgedanken des Dienstvertrags widerspricht, aber denen des hiermit verbundenen Lizenzvertrags.

Hiervon wäre auszugehen, wenn sich die Inhaltskontrolle auf beide Verträge erstrecken würde und die Beurteilung, ob das für den Account geltende Veräußerungsverbot den Verbraucher gem. § 307 BGB unangemessen benachteiligt, anhand einer Gesamtsicht der rechtlichen Beziehungen zwischen Valve

[336] Auch wenn hiermit formalrechtlich betrachtet nicht unbedingt eine Kündigung auch des jeweils anderen Vertrages einherginge, entfiele doch für den Nutzer – jedenfalls soweit er unter Steam nicht mehrere Spiele registriert hat – die Geschäftsgrundlage für den anderen Vertrag.

und dem jeweiligen Erwerber erfolgen müsste. Es gilt also zu klären, ob eine derartige Gesamtschau für die Inhaltskontrolle als Beurteilungsmaßstab zugrunde zu legen ist.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass die Bewertung, ob eine vorformulierte Klausel den Verbraucher unangemessen benachteiligt, vor dem Hintergrund des gesamten Vertrages vorzunehmen ist[337]. Die Gesamtumstände der rechtlichen Beziehungen – die im Normalfall durch einen Vertrag geregelt sein werden – sind daher bei der Klauselkontrolle zu berücksichtigen. Dies erstreckt sich auch auf die im Vertrag gegebenenfalls enthaltenen individuellen Absprachen. So wäre etwa denkbar, dass eine Klausel für sich benommen rechtlich unbedenklich ist, jedoch in Kombination mit anderen Klauseln derart verstärkt wird, dass sich beide Regelungen als unwirksam herausstellen[338].

Ob auch „vertragsexterne“ (also etwa in einem formal getrennten Vertrag enthaltene Klauseln), zusätzliche Absprachen in die Bewertung einbezogen werden müssen, ist dem nicht unmittelbar zu entnehmen. Der Gesetzgeber hat jedoch in § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB zum Ausdruck gebracht, dass bei der Bewertung der unangemessenen Benachteiligung auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind. Die Regelung geht auf die Umsetzung der EU-Richtlinie 93/13/EWG zurück[339]. In Art. 4 Abs. 1 dieser Richtlinie heißt es:

„Die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird unbeschadet des Artikels 7 unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluß begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages ***oder eines anderen Vertrages****, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt.“*

Zwar wurde die Formulierung der Richtlinie nicht in vollem Umfang übernommen. Insbesondere fehlt in § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB der Hinweis, dass auch Klauseln „eines anderen Vertrages“ in die Bewertung mit einzubeziehen sind. Allerdings sind den Gesetzesmaterialien keine Hinweise darauf zu entnehmen, dass der deutsche Gesetzgeber insofern von den Vorgaben aus der Richtlinie abweichen wollte[340]. Im Rahmen der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB ist daher davon auszugehen, dass unter die hier genannten „den Vertragsschluss begleitenden Umstände“ auch Vertragsklauseln fallen, die sich in einem anderen Vertrag zwischen den Parteien finden, soweit die fragliche Klausel von diesem „Vertrag abhängt“[341]. Es ist mithin auf die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Vertragspartnern in ihrer Gesamtheit abzustellen. Weitere Verträge zwischen den Parteien sind zu berücksichtigen, wenn diese mit der fraglichen Klausel (oder dem Klauselwerk) in Verbindung stehen und somit als externe Faktoren auf die Wertung, ob der Verbraucher durch eine Klausel unangemessen benachteiligt wird, Einfluss nehmen.

Es wurde zuvor bereits darauf hingewiesen, dass das Übertragungsverbot des SSA (so wie das SSA insgesamt) sich auf die an Half Life 2 erworbenen Rechte erheblich auswirkt. Faktisch führt dies dazu, dass der Erwerber des Spiels von seinem zwingenden Recht, einen körperlichen Datenträger weiterveräußern zu können/dürfen, keinen Gebrauch machen kann. Die Klausel hat daher auf die Rechte an dem Spiel unmittelbaren Einfluss. Dieser wirkt sich dergestalt aus, dass das Spiel selbst dann

---

337 BGH NJW 1993, 532/532 f.

338 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 307, Rn. 8 f.

339 Diese Richtlinie wurde durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes aus dem Jahr 1996 zunächst in § 24a AGBG umgesetzt und später unverändert in § 310 Abs. 3 BGB übernommen.

340 Vgl. die Ausführungen in der Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Änderung des AGB-Gesetzes, BT-Drcks. 13/2713, S. 5 f. und 7 f.

341 Was genau mit der Formulierung „eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt“ gemeint ist, wird aus der Richtlinie und ihren Erwägungsgründen nicht ganz deutlich.

nicht weiterverkauft werden könnte, wenn in den HL-Nutzungsbedingungen keine Weiterveräußerungsbeschränkungen enthalten wären.

Stellungnahme

Zusammengefasst spricht nach dem Vorstehenden einiges dafür, dass der Umstand, dass das Übertragungsverbot in Ziff. 1 Abs. 5 des SSA die Nutzung des Spiels Half Life 2 erheblich beeinflusst, bei der Beurteilung nach dessen Wirksamkeit berücksichtigt werden muss. Die Verkehrsfähigkeit der Spielekopie wird insofern erheblich eingeschränkt, dass der Eigentümer dem Zweiterwerber auch ohne Einschränkungen aus den HL-Nutzungsbedingungen nicht die Möglichkeit eröffnen kann, das Spiel ohne Zutun von Valve zu verwenden. Die Möglichkeit eines Zweiterwerbes ist aufgrund dieser Konstellation der Entscheidung des Herstellers, ob ein Zweiterwerber ein zuvor von einem Ersterwerber registriertes (genutztes) Spiel erneut in einem eigenen Account in Betrieb nehmen kann, unterworfen. Eine Pflicht, dem zuzustimmen, ergibt sich aus den Valve-Lizenzbestimmungen ersichtlich nicht.

Berücksichtigt man diese besonderen Begleitumstände, wäre die Folge, dass Ziff. 1 Abs. 5 aufgrund seiner, auf die Nutzungslizenz an den Spielkopien ausstrahlenden, Wirkung zu einer Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes führt. Eine solche in AGB zu vereinbaren führt nach den obigen Ausführungen gem. §§ 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB i. V. m. § 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG generell zur Unwirksamkeit der Klausel.

Ist dem zu folgen, wird es letztlich noch auf eine Interessenabwägung ankommen. Der Hersteller könnte sich gem. § 307 Abs. 3 BGB trotz Unwirksamkeit der Ziff. 1 Abs. 5 SSA darauf berufen, an der Wirksamkeit dieser Klausel ein besonderes Interesse zu haben. Inhalt und Umfang dieses stets denkbaren Einwandes können hier nicht antizipiert werden. Sicherlich mag es gute Gründe für Valve geben, die Veräußerung oder Weiterübertragung von Nutzer-Accounts zu untersagen. Wie diese aussehen und v. a. ob diese durchgreifen können, müsste im Rahmen einer eingehenden Prüfung der Gesamtumstände ermittelt werden.

Die Erfolgsaussichten eines weiteren Vorgehens sind nach alledem – jedenfalls bezogen auf das Übertragungsverbots für den Account – nicht eindeutig zu klären. Da einiges für eine Unwirksamkeit spricht, bietet sich eine Weiterverfolgung m. E. jedoch an. Denn derartige vertragliche Gestaltungen werden zukünftig im Zweifel nicht nur im Computerspiel-Sektor eine große Rolle spielen. Auch andere Produkte wie z. B. Computerprogramme oder DVDs könnten mit Online-Funktionalitäten versehen werden, die für deren bestimmungsgemäße Benutzung benötigt werden. Wäre es für die Hersteller möglich, durch eine Zweiteilung der Lizenz- und Nutzungsbedingungen die Nutzung der notwendigen Online-Funktionen an eine bestimmte Person zu binden, würde der Erschöpfungsgrundsatz nachhaltig ausgehebelt. Dessen rechtliche Wertungen könnten mithin umgangen werden, wobei es unerheblich ist, ob sich diese Folge aus einem Online-Dienste-Nutzungsvertrag oder aus den Lizenzbestimmungen für ein urheberrechtlich geschütztes Werkexemplar selbst ergibt.

8.3.4 Ergebnis

Das (eingeschränkte) Weiterübertragungsverbot in Ziff. 3 der HL-Nutzungsbedingungen ist im Zweifel wegen Verstoßes gegen den Erschöpfungsgrundsatz gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Dass dies auch für das Übertragungsverbot in Ziff. 2.E des SSA gilt, ist mit guten Argumenten zu begründen, aber nicht mit letzter Sicherheit zu beantworten.

9 Nutzungsbedingungen für elektronische Datenbanken am Beispiel der „GENIOS-Wirtschaftsdatenbank“

9.1 Beschreibung des Angebotes

Die GENIOS-Wirtschaftsdatenbanken (nachstehend: GENIOS) werden von der Verlagsgruppe Handelsblatt betrieben[342]. GENIOS ist eine Plattform, über die Verlage und sonstige Informationsanbieter ihre Produkte online vertreiben können. Der Dienst übernimmt nach eigenen Angaben für seine derzeit ca. 240 verbundenen Unternehmen die Erstellung und den Vertrieb der „digitalen Ableger“ ihrer Publikationen. GENIOS gibt an, einer der größten Anbieter von Presse-, Fach- und Firmeninformationen im deutschsprachigen Raum zu sein[343].

Endkunden können GENIOS über verschiedene Angebote nutzen. Neben den Abonnements „Classic“ und „Premium“, die gegen monatliche Gebühr angeboten werden, gibt es auch den „GENIOS Recherche-Shop“. Dieser auf gelegentliche Nutzer ausgerichtete Dienst bietet an, kostenlos in den GENIOS-Datenbanken zu recherchieren und die gewünschten Inhalte gegen Entgelt herunterzuladen. Die Bezahlung erfolgt über Kreditkarten oder verschiedene eCash-Systeme. Auf diese Weise kann auch der Spezial-Dienst „LEGIOS“ genutzt werden, über den juristische Fachinformationen und -texte bezogen werden können.

Die teureren Abonnements richten sich eher an professionelle (Viel-)Nutzer. Denn der für die Zahlung einer Grundgebühr gewährte Vorteil bei Abschluss eines Classic- oder Premium-Abonnements liegt nicht darin, dass hiermit bereits Abruf-Kontingente von Dokumenten erworben werden. Vielmehr muss auch ein Abo-Kunde jedes Einzeldokument (hier: gegen Rechnung) bezahlen. Lediglich die Einzelpreise sind bei den Abo-Angeboten geringer[344]. Über den auf Unternehmen ausgerichteten Premium-Vertrag werden zudem Mengenrabatte gewährt.

Die nachfolgende Untersuchung soll sich auf die AGB des „Recherche-Shops“ beschränken. Dies zum einen, da dieses Angebot für Verbraucher im Zweifel am interessantesten ist, zum anderen, da die

---

[342] Laut Impressum der Webseite lautet die Anschrift des Betreibers: Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, GENIOS Wirtschaftsdatenbanken, Kasernenstraße 67, 40213 Düsseldorf, Fon: 01802-880 660 (Mo.-Fr. 09.00 - 16.00 Uhr), oder aus dem Ausland: +49 (0)211 4206-55500, Fax: +49 (0)69 2424-4646.

[343] Vgl. unter http://profi.genios.de/psgenios/fn/page/sfn/genios/pid/134/index.html.

[344] Die Preise variieren nach dem jeweiligen Medium, aus dem die Dokumente stammen. Für Abo-Kunden betragen diese z. B. für einen Abruf aus Zeitschriftendatenbanken zwischen 2,00 und 2,60 Euro und für Fachzeitschriften zwischen 2,30 und 2,90 Euro. Im grundgebührenfreien „Recherche-Shop“ sind für einen Abruf aus Zeitschriftendatenbanken zwischen 2,30 und 2,90 Euro und für Fachzeitschriften zwischen 2,50 und 3,50 Euro zu entrichten. Diese Preisspannen scheinen aber im LEGIOS-Bereich des Dienstes nicht zu gelten (der auch über die genannten Nutzungsmodelle verwendet werden kann). So kostet etwa der Download eines einzigen Aufsatzes aus dem aktuellen Heft von „Computer und Recht“ 7,80 Euro; Urteile (u. a.) des Bundesgerichtshofs (die von der Webseite des Bundesgerichtshofs auch kostenlos heruntergeladen werden können) kosten 6,70 Euro. Eine detaillierte Preisliste für alle in den Datenbanken verfügbaren Medien findet sich für die Abo-Dienste unter http://profi.genios.de/psgenios/fn/page/sfn/genios/pid/384/index.html und für den Recherche-Shop unter: http://profi.genios.de/psgenios/fn/page/sfn/genios/pid/385/index.html.

Nutzungsklausel in dem Mustervertrag von GENIOS Classic keinen im Rahmen der vorliegenden Studie relevanten Befund ergab[345].

Die AGB des Recherche-Shops können von der Webseite von GENIOS heruntergeladen werden. Auf deren Inhalt und Wirkung wird der Kunde vor Abschluss einer Einzeltransaktion erneut hingewiesen. Erwirbt man über dieses Angebot ein Dokument, muss dies zunächst mit den zur Verfügung stehenden Möglichkeiten (Kreditkarte, eCash) bezahlt werden. Danach erscheint u. a. ein Link mit der Beschriftung „Dokument-Anzeige", dessen Betätigung ein HTML-Dokument (nicht etwa ein PDF) öffnet. Es hat sich bei dem getätigten Testkauf eines Aufsatzes aus der Zeitschrift Computer und Recht gezeigt, dass es sich um ein einfaches HTML-Dokument handelt, das nicht im Original-Layout der Zeitschrift dargestellt wird. Auf der Seite mit dem Link zur Ansicht heißt es zudem: „*Sie haben die Möglichkeit, Ihre Dokumente über Ihren Browser abzuspeichern und/oder auszudrucken. Die Dokumente können Sie noch in den nächsten zwei Wochen mit diesem Link abrufen.*"

9.2 Nutzungsrechtsklausel in den AGB des „Recherche-Shops" von GENIOS

„Die durch GENIOS Wirtschaftsdatenbanken vertriebenen Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Jede Nutzung unterliegt den geltenden Urheberrechts- und -schutzgesetzen. Der Nutzer verpflichtet sich, diese anzuerkennen und einzuhalten. Der Nutzer darf Urheberrechtsvermerke, Markenzeichen und andere Rechtsvorbehalte in den abgerufenen Daten nicht entfernen. Eine über den eigenen Gebrauch des Nutzers bzw. im Falle von Informationsvermittlern über den Eigengebrauch des Auftraggebers hinausgehende Nutzung ist nicht zulässig. ***Vervielfältigung, Verbreitung, Nachdruck sowie dauerhaftes Speichern der Daten auf Systemen des Nutzers ist nicht zulässig.*** *Insbesondere ist es nicht zulässig, Daten, Datenbanken, Teile hiervon und/oder Dokumente auf Datenträger zur Nutzung durch Dritte zu kopieren; zur gewerblichen Nutzung zu verwenden; zur systematischen Sammlung für Dritte zu speichern."*

Die Klausel wirft – v. a. in Bezug auf deren hier hervorgehobenen Teil – rechtliche Bedenken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit auf. Angesichts des Angebots, das der Kunde für seine Zahlung meint in Anspruch zu nehmen, überrascht das rigide Nutzungsverbot.

Auch in diesem Zusammenhang ist bei der Auslegung der Klausel von der Sicht eines durchschnittlichen Verbrauchers auszugehen. Dieser wird auf der Webseite des Unternehmens darüber informiert, dass er hier digitale Dokumente, z. B. mit Presseartikeln, gegen Einmalzahlung erwerben kann. Der Ablauf des Erwerbs wurde oben beschrieben. Es wird vor Einleitung der Zahlung – abgesehen von der Anzeige der AGB – kein ausdrücklicher, gesonderter Hinweis gegeben, dass die erworbenen Dokumente nicht vervielfältigt (also streng genommen nicht einmal auf der Festplatte gesichert) oder dauerhaft gespeichert werden dürfen. Genau dies besagt aber die Nutzungsrechtsklausel. Hiernach darf der Nutzer das erworbene Dokument nicht vervielfältigen. Vor allem wird ihm untersagt, dies auf seinen

---

[345] Hier heißt es lediglich: „*Die Recherche-Ergebnisse sind nur für den Eigenbedarf des Datenbanknutzers bestimmt, bzw. im Falle von Informationsvermittlern für den Eigenbedarf des Auftraggebers.*" Diese den Eigenbedarf nicht weiter einschränkende Klausel scheint nicht zu beanstanden, da der Nutzer des Dienstes nicht erwarten kann, dass ihm die Inhalte etwa zur Weitergabe an Dritte oder gar zur Veröffentlichung im Internet zur Verfügung gestellt werden. Derartige Rechte kann man durch Abschluss sog. „Syndikations-Verträge" erwerben, über die zusätzlich Online-Verwertungs- und Nachdruckrechte vergeben werden.

eigenen Systemen „dauerhaft zu speichern“, ohne dass dies konkretisiert wird. Versteht der Nutzer die Klausel ihrem Wortlaut entsprechend, hieße das, dass er das zu einem erheblichen Preis erworbene Dokument (der zu Testzwecken erworbene Aufsatz mit einer Länge von gerade einmal 676 Zeilen kostete 7,80 Euro) nicht einmal abspeichern (noch nicht einmal abschreiben) darf. Er dürfte dies also lediglich, während der Dauer von 2 Wochen immerhin beliebig oft, lesen.

Insoweit ist die Klausel v. a. vor dem Hintergrund des Hinweises nach Bezahlung, man könne das Dokument nun speichern, auch irreführend.

Meiner Ansicht nach ist die Klausel damit zumindest als intransparent zu bezeichnen. Der Nutzer weiß angesichts der sich widersprechenden Hinweise auf seine Nutzungsrechte nicht, was er mit den erworbenen Dokumenten machen darf. Ob er diese für eigene Zwecke auf der Festplatte speichern oder ausdrucken darf oder nicht, bleibt im Dunkeln. Selbst wenn er mit dem Hinweis nach Bezahlung davon ausgeht, dass er das Dokument entgegen den AGB abspeichern darf, bleibt die Unsicherheit, ob er dies nicht nach einiger (welcher?) Zeit wieder löschen muss.

Vor diesem Hintergrund verstößt die Klausel m. E. gegen das Transparenz-Gebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auch ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB liegt m. E. nahe. Zwar kann in vorliegendem Zusammenhang der Natur eines solchen Dokumentbezugsvertrages nicht im Einzelnen auf den Grund gegangen werden. Jedenfalls aber kann der Nutzer hier angesichts der Umstände und Konditionen (v. a. des Bezugspreises) m. E. erwarten, vom Anbieter zumindest das Recht zu erhalten, die erworbenen Dokumente für eigene Zwecke beliebig (lange) auf seinem Rechner zu speichern und auszudrucken. Indem die AGB dies untersagen, wird die Verwendungsfähigkeit der dem Nutzer zustehenden Leistung massiv beschränkt. Hierin liegt m. E. eine unangemessene Benachteiligung des Kunden.

9.3 Haftungsausschluss

„Haftungsausschluss

Wir üben bei der Erstellung des Angebotes auf unserer Website größte Sorgfalt. Dennoch können wir keine Haftung für fahrlässiges Verhalten übernehmen, insbesondere bezogen auf den Inhalt der GENIOS-Datenbanken.“

Der Haftungsausschluss der GENIOS-AGB beschränkt die Haftung des Dienste-Anbieters auf vorsätzlich herbeigeführte Schäden. Eine Haftung für Fahrlässigkeit, gleich, ob grobe oder leichte Fahrlässigkeit, wird vollständig ausgeschlossen. Damit verstößt die Klausel unter anderem gegen § 309 Nr. 7b) BGB, wonach eine Haftung für grob fahrlässig vom Verwender verursachte Schäden nicht ausgeschlossen werden darf. Hinsichtlich der Einzelheiten kann hier auf oben, Punkt 2.1.4.2.6, verwiesen werden.